

**DROIT ET PRATIQUE DE L'ARBITRAGE INTERNE ET
INTERNATIONAL**

FADY NAMMOUR

Troisième édition

BRUYLANT

DELTA

L.G.D.J



L'objet du logo qui figure ci-dessus est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, le développement massif du photocopillage. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, entraînant une forte baisse des achats de livres, au point que la création et l'édition des œuvres nouvelles par les auteurs sont aujourd'hui menacées.

Cette œuvre est protégée par les dispositions de la loi libanaise n° 75 du 3 avril 1999 relative à la propriété littéraire et artistique et aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de l'auteur. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit, non autorisée par l'auteur ou ses ayants droit, est strictement interdite.

1^e édition, mars 2000

2^e édition, septembre 2005

3^e édition, juillet 2009

© Etablissements Emile Bruylant, S.A.
Rue de la Régence 67, 1000 Bruxelles.

© Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A, Paris,
31, rue Falguière, 75741 Paris cedex 15,

© Éditions DELTA,
Jdeidet El-Metn, Beyrouth, Liban. Tél : 01-898085/Fax : 04-411189

2009 Imprimé au Liban
ISBN : 978-2-8027-2822-1

PREFACE DE LA PREMIERE EDITION

L'arbitrage jouit du prestige d'une justice libérée de la pesanteur de l'appareil judiciaire et affranchie du carcan des textes; celle qu'un sage peut rendre sous un chêne ou sous un cèdre à la seule lumière de sa conscience. Cette perception idyllique est démentie par l'existence d'un droit de l'arbitrage; existence paradoxale, puisque, né de la liberté contractuelle, ce mode de règlement des litiges ne devrait relever que de la théorie générale du contrat. En réalité, si les volontés individuelles peuvent contourner le service public de la justice, elles ne peuvent pas s'affranchir des grands principes qui gouvernent le procès, et notamment celui du contradictoire. Elles ne peuvent pas non plus esquiver le contrôle de la justice de l'Etat, notamment parce qu'il peut être demandé à ce dernier de prêter son bras séculier à l'exécution de la sentence.

Ainsi s'est formé et développé un droit de l'arbitrage. Il a fait fleurir de nombreux ouvrages dans la doctrine française; la doctrine libanaise a été moins féconde. C'est pourquoi il faut savoir gré à M. Fady NAMMOUR de l'avoir enrichi du livre que nous avons l'honneur et le plaisir de présenter au public. Un livre qui est publié à un moment opportun, celui où le Liban reconquiert une place de premier plan dans la vie commerciale et économique du Moyen Orient, ce qui l'appelle naturellement à connaître un large usage de l'arbitrage.

Ce livre est le fruit de l'expérience acquise par M. NAMMOUR en sa double qualité d'enseignant et d'avocat, mais aussi le fruit de la vaste et solide culture juridique qu'il a amassée au cours d'un brillant parcours universitaire dans une faculté française, qui a été couronnée par une thèse très remarquée sur les clauses de secret. La confidentialité n'est-elle pas justement le principal attrait de l'arbitrage? Ce qui ne doit pas conduire, comme on peut reprocher à l'auteur de le faire, à en minimiser les autres avantages, même s'ils ne sont pas toujours au rendez-vous : rapidité, compétence des arbitres, souplesse offerte par l'amicable composition...

Classiquement, M. NAMMOUR présente successivement les deux volets qu'impose la matière : celui de l'arbitrage interne, celui de l'arbitrage international. L'un et l'autre sont ordonnés selon un plan transparent et judicieusement agencé, ce qui permet au lecteur de trouver sans peine la question particulière qui le préoccupe. Les règles du droit libanais y sont constamment confrontées à celles du droit français et la comparaison est fructueuse. Les développements qui sont consacrés à l'un et à l'autre brillent par leur clarté, par leur réalisme, par l'étendue et la sûreté de la documentation. Grâce à ce faisceau de qualités, ce livre que son auteur destinait essentiellement aux étudiants, qui y trouveront leur provende, sera également un précieux instrument de travail pour les praticiens.

Ainsi sont réunis tous les ingrédients du succès; ce succès, nous en prenons volontiers le pari, car nous pressentons pour le livre de M. NAMMOUR l'avenir d'un ouvrage de référence.

Michel CABRILLAC
Professeur émérite à la Faculté de droit
de Montpellier

A Chloé, Marie.

Petit Ange venu du ciel.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

LIVRE PREMIER : ARBITRAGE INTERNE

PREMIERE PARTIE : CONVENTION D'ARBITRAGE

Titre I : Règles communes à la clause compromissoire et au compromis d'arbitrage

Chapitre 1 : Matières

Chapitre 2 : Parties à l'arbitrage

Titre II : Règles spécifiques à la clause compromissoire et au compromis d'arbitrage

Chapitre 1 : Clause compromissoire

Chapitre 2 : Compromis d'arbitrage

DEUXIEME PARTIE : CONTENTIEUX ARBITRAL

Titre I : Période arbitrale

Chapitre 1 : Tribunal arbitral

Chapitre 2 : Procédure arbitrale

Chapitre 3 : Sentence arbitrale

Titre II : Période post-arbitrale

Chapitre 1 : Exécution de la sentence

Chapitre 2 : Voies de recours

LIVRE DEUXIEME : ARBITRAGE INTERNATIONAL

PREMIERE PARTIE : CONVENTION D'ARBITRAGE INTERNATIONAL

Titre I : Régime de la convention d'arbitrage international

Chapitre 1 : Validité de la convention d'arbitrage international

Chapitre 2 : Autonomie de la convention d'arbitrage international

Titre II : Effets de la convention d'arbitrage international

Chapitre 1 : Effets entre les parties

Chapitre 2 : Effets à l'égard des tiers

DEUXIEME PARTIE : CONTENTIEUX ARBITRAL

Titre I : Période arbitrale

Chapitre 1 : Tribunal arbitral

Chapitre 2 : Procédure arbitrale

Chapitre 3 : Sentence arbitrale

Titre II : Période post-arbitrale

Chapitre 1 : Reconnaissance et exécution de la sentence

Chapitre 2 : Voies de recours

TABLE DES ABREVIATIONS

<i>Al Adl</i>	Revue Al Adl (Ordre des avocats de Beyrouth).
<i>Baz</i>	Jamil Baz (Recueil des arrêts de la Cour de Cassation libanaise).
<i>Bibl. dr. pr.</i>	Bibliothèque de droit privé.
<i>Bull. CCI</i>	Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI.
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation-chambres civiles.
<i>Cassand</i>	Cassandre (Revue libanaise de jurisprudence éditée par IDREL)
<i>CA</i>	Cour d'appel
<i>Cass. civ.</i>	Cour de Cassation - chambre civile
<i>Cass. com.</i>	Cour de Cassation - chambre commerciale
<i>Cass. lib. civ.</i>	Cour de Cassation libanaise - chambre civile
<i>CCI</i>	Chambre de commerce Internationale
<i>C.civ.</i>	Code civil
<i>C.com</i>	Code de commerce
<i>C. com. lb.</i>	Code de commerce libanais
<i>CEIPI</i>	Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle
<i>CNUDCI</i>	Commission des Nations pour le Droit Commercial International
<i>COC</i>	Code des obligations et des contrats
<i>D.</i>	Dalloz- Sirey (Recueil)
<i>DA</i>	Dalloz Affaires
<i>DH</i>	Dalloz hebdomadaire
<i>Doss. Br.</i>	Dossiers Brevets
<i>DP</i>	Dalloz – Périodique (Recueil)
<i>DPCI</i>	Droit et pratique du commerce international
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
<i>Ed.</i>	Edition
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Hat.</i>	Hatem (Recueil de jurisprudence libanaise)
<i>Ibid</i>	Ibidem
<i>IDREL</i>	Institute for Documentation and Research on Lebanon
<i>Inf. rap.</i>	Informations rapides
<i>JCL</i>	Jurisclasseur – éditions techniques
<i>JCP G</i>	Jurisclasseur périodique – édition générale
<i>JCP.CI</i>	Jurisclasseur périodique – édition Commerce et Industrie
<i>JCP. E</i>	Jurisclasseur Périodique – édition Entreprise
<i>JCP.G</i>	Jurisclasseur Périodique – édition Générale
<i>JDI</i>	Journal du droit international
<i>JO</i>	Journal officiel
<i>LGDJ</i>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>Libr. Tech.</i>	Librairie technique
<i>NCPC</i>	Nouveau code de procédure civile
<i>Op. cit.</i>	opere citato
<i>PIBD</i>	Propriété industrielle, Bulletin documentaire
<i>Préc.</i>	Précité
<i>PUF</i>	Presses Universitaires de France
<i>RDAI/IBLJ</i>	Revue de droit des affaires internationales

<i>Rec. CE</i>	Recueil des décisions du conseil d'Etat (Lebon)
<i>Réf.</i>	Référence
<i>Rep. proc. civ.</i>	Répertoire de procédure civile, Dalloz
<i>Rep. com.</i>	Répertoire de droit commercial, Dalloz
<i>Rev. Huiss</i>	Revue des Huissiers
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. arb.</i>	Revue de l'arbitrage
<i>Rev. lib. arb.</i>	Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international
<i>Rev. jud.lib.</i>	Revue judiciaire libanaise
<i>Rev. jur.</i>	Revue de jurisprudence commerciale (ancien journal des agrées)
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires-Francis Lefèbvre
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>Somm. com.</i>	Sommaires commentés
<i>Trib. gr. inst.</i>	Tribunal de Grande Instance
<i>Trib. pr. Inst.</i>	Tribunal de Première Instance
<i>Trib. civ.</i>	Tribunal civil
<i>Trib. com.</i>	Tribunal commercial

INTRODUCTION

I- GENERALITES

1. DROIT DE L'ARBITRAGE

1 Définition. L'arbitrage n'est pas défini par la loi. Doctrine et jurisprudence s'accordent pour le caractériser par la mission juridictionnelle confiée à l'arbitre (V. par ex. R. DAVID, L'arbitrage dans le commerce international, *Economica*, 1982 n° 29; V. A. KASSIS, Problèmes de base de l'arbitrage, T1, Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel, LGDJ, 1987; L. CADRET, Droit judiciaire privé, Litec 1998, n°2000, p 843; V. A. LEFEBVRE-TEILLARD, Arbitrer, arbitrator seu amicabile compositor, *Rev. arb.* 2008 p 369s). En effet, l'arbitrage est un mode de traitement des litiges, juridictionnel, par lequel les parties investissent une personne privée appelée arbitre pour la circonstance, du pouvoir de juger. A ce propos, MOTULSKY estimait que l'existence de l'arbitrage dépend de la « *nature de la mission* » confiée aux personnes dont l'activité est en cause observant que « *si cette mission consiste à statuer sur une prétention juridique (..) il s'agit d'un arbitrage* » (Ecrits, T II, Etudes et notes sur l'arbitrage, Dalloz 1974 préf. B. GOLDMAN et Ph. FOUCHARD). C'est donc la mission juridictionnelle qui définit l'arbitrage (Cass. civ. 2^e, 24 juin 2004, *Rev. arb.* 2004 p. 738 ; v. aussi Paris 7 février 2002, *Gaz. Pal.*, Rec. 2002, somm. p 756, J. n°164, 13 juin 2002, p 26). Celle-ci résulte non pas des termes ou des qualifications retenus par les parties mais de l'analyse de la mission confiée au tiers telle qu'elle résulte de la réelle volonté des parties souverainement appréciée par le juge (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°98, 29 mai 2003, *Rev. lib. arb.* 2003 n°27 p26; Paris 1^e ch., 14 mars 2002, *Gaz. Pal.*, Rec. 2002, somm. p 756, J. n°164, 13 juin 2002 p29; Paris 1^e ch., 21 novembre 2001, *RTD com* 2002, p 40, *Chron. E. LOQUIN*). Ainsi défini, l'arbitrage est une justice privée (Cass. lib. civ. 5^e ch., 25 juin 2002, *Rev. lib. arb.* 2002 n°23 p34) d'origine conventionnelle. Il bénéficie donc d'une nature mixte et « *hybride* » (Paris 28 avril 2004, *Rev. arb.* 2004, somm p 725 : « L'arbitrage présente un caractère hybride, à savoir conventionnel ... mais aussi processuel »).

2. DROIT A L'ARBITRAGE

2 Affirmation du principe. L'arbitrage est une forme de justice contractuelle très ancienne. Il émerge du « *droit naturel* » (Pandectes françaises publiées sous la direction de M. RIVIERE, *Libr. MARESQ AINE-PLON*, T. VIII, 1890, v° Arbitrage civil, chapitre premier). En droit codifié, on peut citer à son actif deux principes, constitutionnel et civil du droit libanais: le droit de propriété est protégé par la loi, nul ne peut être dépossédé de sa propriété sous réserve des causes d'utilité publique (Constitution du 23 mai 1926, art. 15.) et, les particuliers peuvent régler leurs rapports juridiques à leur gré sous réserve des exigences de l'ordre public, des bonnes moeurs et des dispositions légales impératives (Art. 166 a contrario COC). Ces deux principes signifient que toute personne peut disposer librement des droits qu'elle possède et décider de les soumettre à l'arbitrage. Donc, ce « *droit à l'arbitrage* » est une règle de droit commun qui ne connaît de tempéraments que de manière exceptionnelle, dans des hypothèses déterminées où la loi prohibe l'arbitrage pour des considérations d'ordre public ou de bonnes moeurs ou parce que contrevenant à des dispositions législatives impératives (V. J.-L. DELVOLLE, *Le droit à l'arbitre*, *Gaz. Pal.*, 1995, 1, 473). La reconnaissance du droit à l'arbitrage est favorisée par la "politique jurisprudentielle" actuelle considérant l'arbitrage comme un mode courant de règlement des litiges et la compétence arbitrale, comme « *une compétence qui n'est pas une exception à la compétence des juridictions étatiques* » (Paris 13 février 2003 *Rev. arb.* 2004 p 317s note J.-B. RACINE).

3 Besoin d'arbitrage. L'arbitrage est un besoin : besoin d'être jugé ailleurs que devant les tribunaux notamment, dans un souci de confidentialité et besoin d'être jugé autrement, notamment, afin d'être « *certain sur la conduite de la procédure* » (B. OPPETIT Philosophie de l'arbitrage commercial international, *Clunet*, p 811; Cf. J.-M. COULON et T. GRUNBACH, L'égalité devant la justice, in *Ce qui a changé dans la justice depuis 20 ans*, Dossier Justices, Dalloz 2000, p 83s spéc. p 87).

4 Droit d'accès à la justice. En retenant l'arbitrage comme mode de solution de leurs différends, les parties exercent leur droit d'accès à la justice (V. N. DIAB, *Le droit fondamental à la justice*, préf. B. TABBARAH, éd. Bruylant - Delta - LGDJ 2005) comme « *moyen d'accès au droit* ». Egalement, elles décident d'accéder au droit comme « *alternative à l'accès en justice* » (V. F.

INTRODUCTION

VALENCIA, Parties faibles et accès à la justice en matière d'arbitrage, Rev. arb. 2007 p 45). Ce faisant, les parties expriment leur droit à un juge privé au même titre que le droit à un juge judiciaire et leur « *droit au droit* » (J.-M. VARAUT, Le droit au droit, pour un libéralisme institutionnel, coll « Libre Echange », PUF 1986) en vertu de « *la liberté procédurale* » dont dispose tout contractant (L. WILLER, La liberté procédurale du contractant, préf. J. MESTRE, PUAM 2004).

5 Droit spécifique. L'adoption de l'arbitrage comme mode et moyen d'accès à la justice implique nécessairement qu'on l'élève au rang de droit spécifique de la personne (Beyrouth 3^e ch, arrêt n°1815, 26 octobre 2001 Rev. lib. arb. 2004 n°32 p 24 ; Al Adl 2005, jur. p 309s ; v. N. DIAB, Immunité de juridiction, droit fondamental d'accès à la justice et arbitrage, réflexions autour de l'arrêt de la Cour d'appel de Beyrouth du 26 octobre 2004, Ibid p 170s). La Cour de justice des communautés européennes désigne ce droit sous l'expression de « *protection juridictionnelle des droits* » faisant partie des principes généraux du droit qui trouvent leur base dans les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres (CJCE, 15 mai 1986, D 1986 IR p. 454 obs. L. CARTON). En outre, le Conseil Constitutionnel français a depuis longtemps donné à l'accès à la justice valeur constitutionnelle (R. CHAPUS, Contentieux administratif, éd. Montchrestien 2001, p 116s).

3. ARBITRAGE ET DROITS DE L'HOMME

6 Procès équitable. La reconnaissance aux parties d'un droit d'accès à la justice trouve écho dans le principe selon lequel le litige doit être tranché par un arbitre indépendant et impartial (P. CROCQ, Le droit à un tribunal impartial, in Libertés et droits fondamentaux préc. p 413s; F. QUILLERE-MAJZOUB, Le droit au procès équitable, Al Adl 2002, p 246). Ce principe, découle naturellement du droit de chacune des parties à un « *bon juge* » (N. DIAB, Le droit fondamental à la justice, préc., p 108s). L'importance de l'indépendance est telle qu'elle constitue un des critères de la notion de juridiction (CJCE, 4^e ch, 27 janvier 2005 aff. C. 125/04 JCP G 2005, II-10079 note G. CHABOT; v. aussi CJCE 29 novembre 2001, de Coster JCP G 2002, II-10160 note J. PERTEK; Ces principes sont consacrés par plusieurs traités internationaux : art. 10 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH); l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH); art II-107 du Traité de la Constitution européenne).

7 Applicabilité de la CEDH à l'arbitrage. La question s'est posée de savoir si l'article 6-1 CEDH est applicable à l'arbitrage (A. C. FAVRE-BULLE, G.A. DAL, G. FLECHEUX, P. LAMBERT et A. MOURRE, L'arbitrage et la convention européenne des droits de l'homme, Bruylant. Coll. Droit et justice n°31, 2001). Le recours à l'arbitrage, la violation des principes d'indépendance et d'impartialité exigés chez l'arbitre, permettent-ils à la partie lésée de saisir la Cour internationale ? Malgré les réserves de certains auteurs estimant "*qu'il existe une incompatibilité matérielle entre l'application de la convention européenne des droits de l'homme, même en imaginant de la modifier, et l'arbitrage*" (Ch. JARROSSON. L'arbitrage et la convention européenne des droits de l'homme, Rev. arb. 1989, p.573), l'article 6 § 1 CEDH interfère dans la procédure arbitrale dans des conditions déterminées (J-F. FLAUSS, L'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme aux procédures arbitrales, Gaz. Pal. 1986, 2^e sem, Doct. p. 407; V. A. MOURRE, Le droit français de l'arbitrage international face à la CEDH, Gaz. Pal. Rec 2000, Cahiers de l'arbitrage n°2 p 16s). A ce propos, la Commission européenne considère que **l'arbitrage forcé** est inéluctablement soumis aux garanties procédurales de l'article 6-1 de la convention européenne (CJCE, 4 décembre 2003, Aff. C-63/01, Evans, Juris-data n°2003-240279 ; JTDE n°107-2004 p 82 cité par G. CHABOT note sous CJCE, 4^e ch., 27 janvier 2005) contrairement à **l'arbitrage volontaire** (A. MOURRE, Le droit français de l'arbitrage international face à la CEDH, art. préc., spéc. p 19). Dès lors, pour être valable, la procédure d'arbitrage obligatoire doit être établie dans le respect des dispositions de l'article 6-1 CEDH sous le contrôle de l'arbitre (V. A. MEZGHANI, Arbitrage forcé et fondement contractuel de l'arbitrage ? Gaz. Pal., Rec. 2003, Doct. p 1635). Ainsi que l'a jugé la Cour d'appel de Paris, les arbitres doivent « *assurer eux-mêmes les conditions d'un procès équitable, conforme aux principes généraux, aux dispositions de l'article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme* » (Paris 18 novembre 1987, Rev. arb. 1988, p. 657 note Ph. FOUCHARD cité par A. MOURRE, art. préc.). Le rapport de la CEDH avec l'arbitrage peut être résumé à ce qui suit : la convention EDH comme tout traité international n'engage que les Etats qui l'ont signée pour des faits qui leur sont imputables

INTRODUCTION

à raison du comportement de leurs organes (exécutif, législatif, judiciaire ou administratif). La responsabilité internationale d'un Etat ne saurait donc découler de l'action de personnes privées, qu'elles soient des arbitres, des cocontractants ou des organismes privés comme la Cour internationale d'arbitrage. Réciproquement, ces mêmes personnes privées ne se voient aucunement imposer l'obligation de respecter la convention. En revanche, les Etats sont engagés par les violations de la convention commises soit directement par leurs propres juges soit indirectement lorsque ceux-ci se bornent à contribuer – en donnant leur aval – à la constitution de situations qui y portent atteinte (V. néanmoins Cass. civ. 1^e, 20 février 2001, Gaz. Pal., Rec. 2001, somm. p 1893, J. n°347, 13 décembre 2001, p. 29, note M.-L. NIBOYET ; D 2001, Inf. rap. p 903, note X ; Rev. crit. DIP 2002, p 124 note C. SERAGLINI ; Gaz. Pal., Rec 2001, jur. somm. p 29 note X). En d'autres termes, l'arbitre, le centre d'arbitrage, les parties à l'arbitrage ne sont pas liés par les droits garantis par la convention EDH. Mais le juge étatique, appelé à intervenir dans l'exercice de son contrôle de la sentence (comme juge de l'annulation ou de l'exequatur), doit sanctionner toute violation de la convention, sous peine d'engager la responsabilité indirecte de l'Etat qu'il représente (V. note X sous Cass. civ. 20 février 2001, Gaz. Pal., Rec. 2002, préc.).

4. JUSTICE ARBITRALE ET JUSTICE ETATIQUE

- 8 Contexte institutionnel et processuel.** La justice arbitrale se rapproche de la justice étatique en ce qu'elle se réalise dans un même contexte institutionnel: d'une part, le litige est tranché par un tribunal (non judiciaire), en l'occurrence, le ou les arbitres (L'affirmation de l'identité de juge de l'arbitre est consacrée par la loi, la doctrine et la jurisprudence ; v. Th. CLAY, *L'arbitre*, préf. Ph. FOUCHARD, Dalloz 2001, coll. nouv. bibl. de thèses spéc. n°80s p 64 et les nombreuses références citées) d'autre part, le traitement du contentieux arbitral est effectué dans un cadre processuel qui s'apparente aux juridictions étatiques: respect des droits de la défense et des règles d'ordre public procédural, motivation, audiences, etc. (Sur cet aspect, v. X. LAGARDE, *Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges*, Rev. arb. 2001 p 423; V. M.-C. RIVIER, *Justice arbitrale*, Rev. just. 1995/1, p 274 etc.). Aussi, estime-t-on que si l'on s'en tient à la fonction de la justice, qui est de trancher le litige, on doit conclure à une « *identification parfaite* » entre justice arbitrale et justice étatique (R. PERROT, *L'arbitrage, une autre justice ?* LPA 2 octobre 2003, n°197, p 32, n°4). Néanmoins, la justice arbitrale se distingue nettement de la justice étatique.
- 9 Volonté des parties.** L'arbitre est désigné par les parties en vertu d'un accord de volonté momentané sans aucune délégation de l'autorité publique (Paris 14 octobre 1977 D 1978, p 298 note J. ROBERT ; Cass. civ. 1^e, 18 novembre 1986, Rev. arb. 1987, p 149 note J.-L. DELVOLVE ; JDI 1987, p 120 note B. OPPETIT), alors que le magistrat est nommé par l'Etat en vertu d'une délégation officielle et permanente. **Egalement**, il y a une différence entre le juge et l'arbitre quant au fondement de l'obligation de dire le droit. En effet, le juge doit appliquer les règles de droit en raison de la délégation de pouvoir qu'il tient de l'Etat, alors que l'arbitre est obligé, non pas par sa fonction mais par sa mission, en ce sens que c'est seulement la volonté des contractants qui le lui imposerait ; la convention d'arbitrage opérerait ainsi une « *contractualisation de l'obligation* » de trancher le litige conformément au droit (E. LOQUIN, *JCL Procédure civile*, Fasc 1038 n°4). C'est ce qui explique que les juges étatiques rendent leurs décisions « *au nom du peuple* » alors que les arbitres le font au nom des seules parties à l'arbitrage. Cela justifie notamment que l'arbitre ne puisse étendre sa compétence à des parties totalement étrangères à l'arbitrage, ou ordonner des jonctions ou disjonctions d'instance sans l'accord de toutes les parties, et cela explique même qu'il n'ait pas de juridiction gracieuse ou qu'il ne puisse juger par contumace alors qu'il le peut par défaut. **Enfin**, l'étendue des pouvoirs de l'arbitre est délimitée par la convention des parties, alors que les pouvoirs du juge ne sauraient être cantonnés par les plaideurs.
- 10 For.** Contrairement au juge judiciaire, l'arbitre est démuné de « *tout ordre juridique étatique* » (Cf. Th. CLAY, *L'arbitre*, n°237s p 195s). Il n'a pas de for au sens du droit international privé qui implique une localisation étatique c'est-à-dire, l'idée d'une investiture par l'Etat et le respect des lois de police et de procédure du lieu du siège, « le siège » n'étant alors qu'un diminutif de la notion de « for ». Ainsi, entendu, « *il est effectivement possible de soutenir que l'arbitre a*

INTRODUCTION

un siège et point de for» (Th. CLAY, L'arbitre n°258 p 213). Un auteur considère *que le for s'est dématérialisé. Il s'est, en quelque sorte, déplacé d'un espace matériel, à savoir un territoire, vers un espace symbolique, celui du consentement des parties* » (M. de BOISSESON, Réflexions sur l'espace et le temps dans l'arbitrage international, in Mélanges P. BELLET, Litec 1991 p 33, spéc p 36; V. F. OSMAN, Les principes généraux du droit de la Lex mercatoria, contribution à un ordre juridique anational, préf. E. LOQUIN, Bibl dr. privé T 224, LGDJ 1992 spéc p 405s).

11 Imperium. L'arbitre rend une sentence dépourvue de la force exécutoire alors que le juge, détenteur de "*l'imperium*", appose la formule exécutoire à ses décisions (V. Beyrouth 3^e ch., arrêt n°686, 8juin 2000 Rev. lib. arb. 2001 n°20 p24 qui relève expressément que : « *Les arbitres n'ont pas d'imperium* »). Néanmoins, l'absence d'imperium ne prive pas l'arbitre de prescrire aux parties des obligations de faire à condition que l'exécution forcée de telles décisions ne dépendent du contrôle préalable de l'autorité publique (Paris 1^e ch., 19 mai 1998, Gaz. Pal., Rec. 2000, somm. p 172, J. n°11, 11 janvier 2000, p 58). Ainsi jugé que la mesure prise par la sentence arbitrale contraignant une société à ouvrir un compte séquestre et à demander à son débiteur, tiers à la sentence, d'y verser les fonds dus en vertu de décisions judiciaires suisses, ne constituait pas une mesure conservatoire mais une obligation de faire non exécutoire de droit; le juge de l'exécution n'avait pas le pouvoir d'ordonner la mesure sollicitée (Cass. 1^e civ 4 juillet 2007, JCP E et A 2007 pan 2145 Rev. arb. 008 p 441 note P. CALLÉ).

5. ARBITRAGE ET CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPÉTENCE

12 Notions. La convention d'arbitrage doit être distinguée de la clause attributive de compétence dite également clause attributive de juridiction. En effet, la compétence d'une juridiction est généralement définie comme "*l'aptitude du juge à connaître d'une action ou d'une défense*" (E. GARSONNET, Ch. CEZAR-BRU, Traité théorique et pratique de procédure, Sirey 1912 n° 461, 713) ou selon une autre expression "*la portion de juridiction confiée au tribunal*" (E. GLASSON, A. TISSIER, op. cit., T I n°8, 19 sp. n° 262s, 673) ou encore "*la mesure dans laquelle le juge doit exercer son pouvoir de juridiction*" (R. PERROT, Les institutions judiciaires, Montchrestien n° 310; v. aussi P. SOLUS et R. PERROT, Droit judiciaire privé T. 2 n°1; C. GIVERDON, Rep. pr. civ. Dalloz v. Compétence n°1). Il en résulte que la compétence se rapporte à l'exercice de ce pouvoir, et, plus précisément, au corps des règles qui permettent de répartir les différentes contestations des particuliers entre les différentes juridictions. Dès lors, la question de la compétence ne soulève pas le problème de la source du pouvoir mais elle concerne, en aval, les modalités de mise en oeuvre du pouvoir juridictionnel dont l'exercice est délégué par l'Etat à des juridictions. **Au contraire**, la clause compromissoire est une "*convention d'investiture*" (M. de BOISSESON, op. cit. n° 113, 94 et les réf. citées) c'est-à-dire, un titre contractuel qui investit l'arbitre du pouvoir de trancher. Donc, la question de la clause compromissoire se pose en amont, elle fonde le principe même du pouvoir juridictionnel (V. H. MOTULSKY, Ecrits, t. 2, Etudes et notes sur l'arbitrage, Dalloz, 1974, spéc. p. 189s. et p. 208s. ; Ph. THERY, Pouvoir juridictionnel et compétence, Etude de droit international privé, thèse Paris II, 1981, passim; H. GAUDEMET-TALLON, note Rev. crit. DIP, 1974, p 103 ; M.-L. NIBOYET, note Rev. arb. 1991, spéc. p. 308 ; J. NORMAND, obs. RTD civ., 1983., 1983. p 781 ; N. DIAB, Les clauses attributives de compétence et les clauses compromissoires en droit international privé, Al Adl 1992, p 20s; V. D. COHEN note sous Cass. civ. 1^e, 16 octobre 2001, Rev. arb. 2002 p 919 spéc., p 925).

13 Concurrence entre clause compromissoire et clause attributive de compétence. La question est de savoir quelle clause appliquée au cas où un même contrat comporte une clause attributive de compétence aux tribunaux étatiques et une clause compromissoire ? En cas de « concurrence » entre ces deux clauses (Sur la concurrence entre clause attributive de juridiction et clause compromissoire, v. G. BLANC, Clause compromissoire et clause attributive de juridiction dans un même contrat ou dans un même ensemble contractuel : de la concurrence à la subsidiarité de la compétence des tribunaux étatiques, JCP E 1991, I, 707 ; Cass. civ. 1^e, 28 mars 1995, JCP G 1995 IV-1321 ; Paris 22 novembre 2000 1^e ch. Epoux Saadi c/ Consorts Huon, juris-data n°127070), la jurisprudence française tend à faire prévaloir la convention d'arbitrage (Nancy 22 novembre 2004, JCP G 2006, IV-1253 faisant prévaloir la clause compromissoire, procédure dérogatoire au droit commun alors que la clause attributive de juridiction est une clause usuelle "qui a manifestement été insérée dans la convention par inadvertance". Dans le même sens Paris 11 avril 2002, Rev. arb. 2003 p 1255s obs F. – X. TRAIN. Paris 1^e ch. 25 octobre 2000, Rev. arb. 2001 p 602 obs. C. LEGROS; Paris 1^e décembre 1995, Rev. arb. 1996, p 456 note J.-M. TALAN ; Cass. civ. 2^e, 26

INTRODUCTION

novembre 1997, Rev. arb. 1997, p 544). D'une part, la simple contradiction d'une clause d'arbitrage avec une clause attributive de juridiction n'emporte pas automatiquement l'annulation de la clause d'arbitrage (Cass. civ. 2^e, 18 décembre 2003, Bull. civ. II n°393 ; JCP G 2004, II-10075 note C. NOBLOT); il convient de s'arrêter, au cas par cas, sur la volonté commune des parties de faire régler le différend par voie d'arbitrage et, ce n'est que si une telle volonté ne se manifeste pas que le juge écarte alors les deux clauses inconciliables (Paris 22 novembre 2000, RTD com 2001, p 57 obs. E. LOQUIN ; JCP E 2000 pan p 2027; JCP E 2000, panor p. 2027 ; Gaz. Pal., Rec 2001, somm. p 859, J. n°123, 3 mai 2001, p 51 note X. Cass. com. 23 février 1999, Gaz. Pal., Rec 2000, somm. p 2553, J. n°337, 2 décembre 2000, p. 49) ou l'une au profit de l'autre (Cass. civ. 1^e, 4 juillet 2006, Rev. arb. 2006, somm p 868). Et, d'autre part, il appartient à l'arbitre par priorité de se prononcer sur la nullité de la clause d'arbitrage afin de vérifier sa compétence en vertu du principe de la compétence-compétence (Cass. civ. 1^e, 14 novembre 2007, Rev. arb. 2008 p 453 note F.-X. TRAIN).

14 Arbitrage sur arbitrage ne vaut. La question est de savoir si les parties après l'acceptation d'une clause compromissoire insérée dans le contrat peuvent convenir ultérieurement d'une clause attributive de juridiction ? Selon un auteur averti (Ch. JARROSSON, note sous Paris 29 avril 2003, Rev. arb. 2003 p 1304) : « *on peut poser a priori dans les clauses de règlement des conflits un principe ainsi formulé : « Arbitrage sur arbitrage ne vaut. Ce principe signifie que, dès lors qu'un contrat contient une clause compromissoire, celle-ci exclut a priori toute autre attribution d'une mission juridictionnelle à un tiers par une autre clause du même contrat ».* L'auteur prévoit une limite à ce principe : « *La limite à ce principe concerne l'exception particulière (qui ne saurait être recommandée), dans laquelle les parties auraient voulu insérer dans un même contrat deux conventions d'arbitrage, l'une d'elles, spéciale, ne s'appliquant qu'à certains litiges, par exemple en raison de leur technicité toute particulière, l'autre ayant un domaine d'application général* » (rapp. de Ph. PINSOLLE, Difficultés liées à la définition conventionnelle de la compétence arbitrale, RDAI, 2002. p. 238).

II- MODES VOISINS DE REGLEMENT DES LITIGES

L'arbitrage ne doit pas être confondu avec les autres modes amiables de règlement des litiges (V. J. – Ph TRICOIT, Chronique de droit des modes amiables de règlement des conflits, Rev. arb. 2009 p 207; Rev. arb. 2007 p 123; B. GORCHS, Le contrôle judiciaire des accords de règlement amiable, Rev. arb. 2008 p 33s).

1- CLAUSE DE REGLEMENT AMIABLE

15 Par la clause de règlement amiable, les parties décident de rechercher, seules, le règlement amiable du litige naissant. Cette recherche, spontanée ou provoquée, est nécessairement bilatérale et crée une obligation non pas de transaction mais de négociation de bonne foi à la charge de chacune des parties en cause (J.-M. MOUSSERON, Technique contractuelle avec le concours de M.-L. IZORCHE, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, F. Lefèbre 1999, n° 1874, p 699). Il importe alors, de bien différencier ce procédé de l'arbitrage : la clause de règlement amiable débouche sur une transaction alors que la convention d'arbitrage, aboutit à une sentence départageant les droits des litigants.

2- CONCILIATION

16 Définition. Le mot conciliation désigne aussi bien l'action de concilier que le résultat de cette action (X. DESDEVISES, Remarques sur la place de la conciliation dans les textes récents de procédure civile, D.S. 1981 chr., 241, n°2, P. Estoup, Etude et pratique de la conciliation, D. 1986, Chr. XXVI). Par la clause de conciliation les parties décident de recourir à un conciliateur chargé, limitativement, de tenter un rapprochement entre elles. Si les volontés des parties divergent, le conciliateur se bornera, à constater cette situation sans pouvoir imposer aux parties la solution au conflit. C'est cette même définition que retient l'article 1-3 de la loi-type de la CNUDCI du 24 juin 2002 relative à la conciliation commerciale internationale (Cf. J.-M. JACQUET, La loi-type de la CNUDCI du 24 juin 2002 sur la conciliation commerciale internationale, Rev.

INTRODUCTION

arb. 2004 p 63s. V. le texte de la loi, Rev. arb. 2004, Doc. p143). En fait, le conciliateur organise la négociation et supprime les obstacles à la discussion afin de favoriser la transaction entre les parties (Aix 27 janvier 1994, Bull. Aix. 1994/1 n°2).

17 Conciliation judiciaire. La conciliation est initialement assurée par le juge judiciaire. En effet, l'article 375 NCPC libanais prévoit que " *la conciliation des parties entre dans la mission du juge*". Contrairement au Code français (V. art 829 à 835. V. J. JOLY-HURARD, Conciliation et médiation judiciaires, préf. S. GUINCHARD, PUAM 2003, spéc. p 75), le Code libanais ne règlemente pas la conciliation judiciaire. En principe, la conciliation judiciaire a lieu sous le contrôle du juge ou entre les seules parties. Dans ces cas, elle peut être déclenchée à tout moment de l'instance et devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, de droit commun comme d'exception. La mission de la conciliation judiciaire peut être déléguée à un tiers (Sur la question, V. C.-P. BARNIERE, Nouvelles pratiques des conciliateurs de justice dans les tribunaux d'instance Gaz. Pal., Rec. 2001, Doct. p 3s). Mais, elle ne peut avoir lieu que devant les tribunaux d'instance (J. JOLY-HURARD, spéc. p76 n°97 et les réf. citées).

18 Conciliation institutionnelle. La conciliation peut être institutionnelle. Ici, les parties recourent à une institution spécialisée dans le règlement amiable de certains litiges. Elles sont alors réputées avoir adhéré aux dispositions du règlement interne de ces organismes. Ainsi par exemple, la Chambre de commerce international (CCI) propose depuis le 1^{er} juillet 2001, un règlement ADR (Alternative dispute resolution) qui peut être utilisé aussi bien en matière internationale qu'en matière interne. De même, la Commission des Nations Unies pour le développement du commerce international (CNUDCI) a adopté un règlement de conciliation, à l'image du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) qui consacre dans sa convention le troisième chapitre à la conciliation.

19 Conciliation conventionnelle. La conciliation sera conventionnelle lorsque son déclenchement, développement et dénouement dépendent de la seule volonté des parties en conflit (V. X. LAGARDE, L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation, Rev. arb. 2000, p 377 et la note de Ch. JARROSSON sous Cass ch. mixte 14 février 2003 rev. arb 2003 p 403). Conformément à l'article 366 COC, le juge ne doit pas s'arrêter au sens littéral des termes de la convention mais rechercher la véritable intention des parties (rapp. Paris 20 novembre 2003, Rev. arb. 2004, somm, p 440; 9 avril 1998 D.A. 25 juin 1998, 109 1, note S.P.). Par conséquent, une clause qui prévoit uniquement une consultation des parties en vue de soumettre leur différend à un arbitre ou pour refuser l'arbitrage, n'institue pas une procédure de conciliation obligatoire (Cass. civ. 1^e, 6 février 2007, Rev. arb. 2007, somm. p 137).

20 Fin de non-recevoir. Parfois le contrat comporte une clause de conciliation préalable au jeu de la clause compromissoire, la question est de savoir si le non respect de l'obligation préalable de conciliation peut ou non être sanctionné ? Après diverses hésitations de la jurisprudence (V. Cass. civ. 2^e, 6 juillet 2000, Cass civ 1^e 23 janvier 2001 et Cass civ 1^e 6 mars 2001, Rev. arb. 2001 p 749 note Ch. JARROSSON et Cass civ 1^e, 6 mai 2003 JCP G 2004, II-10021 note R. COLSON), la Cour de Cassation siégeant en chambre mixte a mis un terme à la divergence qui divisait ses diverses chambres. Selon la Haute Cour (Cass. ch. mixte, 14 février 2003, Rev. arb. 2003 p 403 note Ch. JARROSSON), la clause de conciliation préalable au jeu de la clause compromissoire est constitutive d'une fin de non-recevoir conventionnelle parfaitement licite dès lors qu'elle porte sur des droits litigieux disponibles et ne contrevient pas à un quelconque texte impératif (En ce sens, art 13 loi-type de la CNUDCI). Le déclenchement de la procédure de conciliation est une obligation de résultat mise à la charge du contractant. Mais l'exécution de l'obligation de concilier est une obligation de moyens gouvernée par la règle de la bonne foi issue du droit commun. En outre, soulignons que le principe de la compétence-compétence interdit à la cour d'appel de mettre en œuvre elle-même la procédure préalable de conciliation qui relève de la compétence des arbitres (Cass. civ. 1^e, 6 mars 2007, JCP E et A 2007 pano 1531).

INTRODUCTION

21 Limites à l'exception de fin de non-recevoir. La fin de non-recevoir ne concerne que la demande au fond et ne s'applique pas si la demande a pour objet l'octroi d'une mesure urgente destinée à sauvegarder des droits (Paris 11 octobre 2006, Rev. arb. 2007 somm p 341; 23 mai 2001, Rev. arb. 2003 p 405, 2^e esp. note Ch. JARROSSON). Ainsi, si le préliminaire obligatoire de conciliation interdit le déclenchement de la procédure arbitrale, il n'exclut pas pour autant qu'une partie puisse, en cas d'urgence, saisir le juge des référés d'une demande tendant au prononcé d'une mesure relevant de ses attributions (Paris 14^e ch., 23 mai 2001, Rev. arb. 2003 p 405, e esp note Ch. JARROSSON; Gaz. Pal., Rec. 2003, somm. p. 3999, J. n°312, 8 novembre 2003, p. 40; V. art 13 in fine de la loi-type CNUDCI).

3- MEDIATION

22 Définition. Dans la médiation, une tierce personne est désignée afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose. La médiation franchit un degré supplémentaire dans l'aide à la négociation et se rapproche du seuil contentieux. Le désaccord entre les parties s'est durci et la médiation apparaît comme la dernière opportunité d'un règlement pacifique. Dans les clauses contractuelles que nous rencontrons, la médiation apparaît toujours comme l'étape préalable au recours juridictionnel. Elle constitue la forme la plus fréquente de règlement amiable. L'acceptation de la médiation n'emporte pas en elle-même, à défaut de manifestation de volonté non équivoque en ce sens, renonciation à l'arbitrage et acceptation de la compétence de la juridiction étatique (Cass. civ. 1^e, 28 janvier 2003, Rev. arb. 2003 p 1337 obs. C. LEGROS ; JDI 2003, p 473, note P. KAHN, Gaz. Pal., Rec. 2003, somm p1846, J. n°151, 31 mai 2003, p 19 note X, Dans le même sens : Paris 1^e ch., 25 octobre 2000, Rev. arb. 2001 p 575, obs C. LEGROS).

23 Médiation judiciaire. La médiation peut être judiciaire. Le Code de procédure civile libanais ne l'évoque pas. En revanche, elle est consacrée par l'article 131-1 CPC français. Elle peut être déclenchée devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire et à tout moment de la procédure, dans la mesure où le juge est déjà saisi du conflit aux fins de jugement, lequel sera prononcé en cas d'échec de la médiation (V. G. PLUYETTE, La médiation judiciaire, in Mélanges P. DRAI, Dalloz 2000, p 463 ; P. DRAI, Libres propos sur la médiation judiciaire, in Mélanges BELLET, Litec 1991). Le médiateur approuvé par les parties est retenu par le juge, il a pour mission d'écouter les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.

24 Médiation institutionnelle. La médiation peut être institutionnelle. Plusieurs règlements consacrent la médiation comme mode de solution des conflits. Ainsi, le préambule du règlement ADR susvisé décrète : « *faute d'un accord entre les parties sur le mode de solution, celle-ci sera la médiation* » (V. E. JORGEN PETERSEN, La mise en œuvre des ADR dans les grands contrats, Gaz. Pal., 2001, Cahiers de l'arbitrage 1^e partie p. 42 spéc. p 46 ; X. LAGARDE, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges, Rev. arb. 2001, p 423).

25 Médiation conventionnelle. La médiation est conventionnelle lorsque sa mise en œuvre, ses modalités d'application et ses effets dépendent de la seule volonté des parties au litige. Par la clause de médiation, les parties désignent un tiers, appelé médiateur ou « *facilitateur* » (V. Règlement ADR de la CCI, Art 5-1) afin de les aider à trouver une solution à leur conflit par la négociation. La jurisprudence en matière de clauses de médiation a conclu au moins à l'existence d'une obligation de discuter, de tenter de négocier, avant d'engager un procès (J. TINSIT, La médiation : une alternative à la justice et non une justice alternative, Gaz. Pal., Rec 2001, les cahiers de l'arbitrage p 53s spec. p 55). La Cour de Paris a même estimé qu'elle pouvait apprécier la réalité de cette tentative (Paris 1^e ch., 28 septembre 1976, JCP G 1978 II-18810, note J. ROBERT). Cependant, si les parties sont obligées de déclencher la négociation, elles ne sont pas pour autant obligées d'arriver à une solution sauf le cas de la rupture abusive de la négociation (P. MAZEAUD, Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle ?, Mélanges F. TERRE, Dalloz 1999 p 623s). En pratique, le médiateur propose, sélectionne et recommande des solutions au litige.

INTRODUCTION

L'initiative vient donc de lui ; il se distingue par ce trait du conciliateur (B. OPPETIT, Arbitrage, médiation et conciliation, Rev. arb. 1984, p 307). Les recommandations du médiateur ne s'imposent pas aux parties, elles ne sont pas exécutoires, en cela, la médiation se distingue de l'arbitrage.

26 Médiation pénale. Aux termes de l'article 41 du code de procédure pénale français (CPP fr.) : « *Le procureur de la République peut, préalablement à sa décision sur l'action publique et avec l'accord des parties, décider de recourir à une médiation s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction* ». La médiation pénale souffre de dysfonctionnements certains : « *Sa mise en œuvre dépend de la seule volonté du procureur de la République ; elle ne jouera que si la victime obtient réparation et si elle est de nature à reclasser l'auteur de l'infraction. En outre, la liberté de celui-ci à refuser la médiation semble compromise. Aussi, certains auteurs rapprochent cette médiation, de la grâce conditionnelle, à l'initiative du Ministère public et avec l'accord de la victime* » (V. S. GUINCHARD, M. BAUDRAC, X. LAGARDE et M. DOUCHY, Droit processuel, Droit commun du procès, Dalloz, précis, 2000, n°590 p 695).

27 Fin de non recevoir. La clause instituant une procédure de médiation préalable à la saisine du juge constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si une partie l'invoque. Toutefois, une telle clause ne prive pas le juge des référés du pouvoir d'allouer, dans les conditions de l'article 873 NCPC français, une provision au créancier si l'urgence justifie de passer outre le processus de règlement amiable du conflit (Paris 13 octobre 2006, Rev. arb. 2007, somm. p 343).

28 Médiation-arbitrage. Les parties peuvent s'accorder dans le cadre d'une «*médiation-arbitrage*» que le médiateur, devenu automatiquement arbitre, pourra trancher si leur désaccord persiste. La procédure américaine dite medacoa autorise le médiateur à intervenir alors comme arbitre, en se basant sur la dernière proposition de chaque partie (R. COULSON, Vue d'ensemble sur l'arbitrage et les autres formes de règlement extra-judiciaire des litiges, cité par J.-M. MOUSSERON et alii, op. cit., n°1887, p 705).

4- TRANSACTION

29 Notion. L'article 1035 COC définit la transaction comme « *Un contrat par lequel les parties, au moyen de concessions mutuelles, terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître* » ; le juge demeurant maître de la qualification (Cass. civ. 7 octobre 1981, Bull. civ., III, n°180). La transaction se rapproche de l'arbitrage en ce qu'elle implique une contestation qui divise les parties. Mais, elle s'en distingue à plus d'un titre : 1- la transaction exige des «*concessions mutuelles*», c'est-à-dire, qu'elle implique des renoncements réciproques de la part de chacune des parties (Cass. civ. 3 janvier 1883 DP 1883, 1, p 457; Beyrouth 29 décembre 1994 Adl 1994, p 142) **alors** que, la sentence arbitrale, au même titre qu'un jugement d'ailleurs, peut consacrer la totalité des droits invoqués par l'une des parties s'ils sont justifiés. 2- La transaction est par son essence même un mode conventionnel de traitement des litiges (Art. 1035 COC) et implique la réunion d'un certain nombre de conditions très liées à sa nature contractuelle (Art. 1036s COC) **alors que**, l'arbitrage, bien que trouvant sa source dans un lien contractuel (excepté le cas de l'arbitrage obligatoire), demeure un mode juridictionnel de traitement des litiges (J. RUBELLIN-DEVICHI art. préc. n°31 et les réf. citées). 3- En cours de transaction, les parties apportent elles-mêmes la solution de fond au litige qui les oppose **alors**, qu'en matière d'arbitrage, la résolution du fond du litige est décidée par un arbitre qui rend une sentence qui leur s'impose (Cons. d'Etat 19 mai 1893, DP 1894, 3, 91). 4- La transaction, de nature contractuelle, n'est pas exécutoire si elle n'est pas constatée par un jugement **alors que**, la sentence arbitrale, est plus facilement exécutoire puisqu'il suffit qu'elle soit revêtue de la formalité de l'exequatur. 5- La transaction est une convention qui peut être seulement annulée ou rescindée dans les cas

INTRODUCTION

limitativement énumérés par la loi (Art 1037s COC : dol, erreur sur la personne, sur sa qualité ou sur la chose objet de la convention etc...) **alors que**, la sentence arbitrale, ne peut faire l'objet que de voies de recours.

5- MINI-PROCES

30 Mécanisme. Importé des Etats-Unis d'Amérique, le mini-procès, traduction littérale de la formule *mini-trial*, consiste en un arbitrage simulé. La procédure consiste à simuler le procès arbitral, éventuel, devant des personnes tierces faisant fonction de tribunal ou de jury. Les parties échangent leurs mémoires et documents, ce qui permet à chacune d'entre elles, d'approcher et d'analyser concrètement les allégations de l'adversaire et d'en apprécier le sérieux et l'effet réel qu'elles pourraient avoir sur le juge, selon l'opinion de tiers, impartiaux et neutres (*neutral adviser*). **Une première variante** du mini-trial ou "mini-hearing" entraîne la tenue et la communication des mêmes dossiers que l'on produirait dans le cadre d'un contentieux judiciaire ou arbitral, suivies d'une discussion "*politique*" par les dirigeants notamment des entreprises (V. J.-M. MOUSSERRON et alii, n°1881,p 703). **Une seconde variante** du *mini-trial* implique en sus des échanges écrits, la tenue de véritables audiences devant un pseudo-tribunal spécialement constitué pour la circonstance, lequel rendra une pseudo-décision, dénuée de toute force obligatoire, mais, qui permettra néanmoins aux litigants de connaître leurs argumentations respectives et aussi l'avis, objectif, des tiers.

6- EXPERTISE

31 Intérêts. Les parties peuvent conclure une "*clause d'expertise*", ou "*clause d'expert*" ou encore "*clause d'expert neutre*" par laquelle elles s'obligent, en cas de conflit, de recourir à une tierce personne, neutre, chargée de constater une situation déterminée de fait ou de droit (M.-A. FRISON-ROCHE et D. MAZEAUD (coordination), *L'expertise, thèmes et commentaires*, Dalloz 1995). L'expert établit en quelque sorte l'état (des lieux) du contentieux tel qu'il est présenté par les parties. A la différence du médiateur, l'expert ne suggère aucune solution. A la différence de l'arbitre, il n'en impose aucune. Sa mission consiste simplement à éclairer le débat. Le besoin accru d'expertises dans divers domaines à amener la CCI à fonder un Centre international d'expertise technique en 1976 s'articulant sur un règlement d'expertise qui régit le fonctionnement du Centre. Suivant l'actuel règlement d'expertise en vigueur depuis le 1^e janvier 2003 (V. www.iccwbo.org/drs/french/expertise/all.topics.-asp), le Centre offre trois services distincts : proposition d'un expert (Section II du Règlement), nomination d'un expert (Section III du Règlement), et administration de la procédure d'expertise (Section IV du Règlement).

DOCDEX. Le Centre international d'expertise administre aussi le règlement d'expertise pour la résolution des différends en matière d'instruments documentaires (DOCDEX) élaboré par la Commission bancaire de la CCI afin de faciliter le prompt règlement des différends survenant dans le cadre des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU), des Règles et usances uniformes pour les remboursements entre banques (RUR), des Règles uniformes pour les remboursements entre banques (RUR), des Règles uniformes relatives aux encaissements (RUC) et dans le cadre des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande (RUGD). Le système DOCDEX permet un règlement rapide et fiable des différends sous la forme d'une décision prise sur pièces par trois experts, après consultation du conseiller technique de la Commission bancaire de la CCI et, rendue par le Centre international d'expertise. La décision DOCDEX n'est pas contraignante sauf convention contraire des parties. Dans la plupart des affaires, les parties peuvent espérer une opinion finale dans les six à douze semaines après la réception de la demande par la CCI, mais des affaires d'une exceptionnelle complexité prennent plus de temps. (le texte peut être consulté sur le site : www.iccwbo.org/drs/french/docdex/all.topics.-asp).

INTRODUCTION

32 Expert et arbitre. Trois critères distinguent l'expertise de l'arbitrage: 1-l'expert nommé par les parties est parfois leur mandataire, ce que ne saurait être l'arbitre (Sur la question v. Arbitrage et expertise : où sont les frontières ? Confluences juridiques, études n°6, Gaz. Pal. Rec 2006, doct. p 967, J n°117, 27 avril 2006 p 2). 2- l'expert formule un simple avis mais ne décide pas (Cf art 327 NCPC lib; Bordeaux, 1^e ch. 11 mai 1988, Juris-data n°043580 ; v. J-M. MOUSSERRON, M.E. ANDRE, Les alternatives au contentieux judiciaire, colloque de l'Ass. Marocaine des Juristes d'Affaires sur "Les juridictions commerciales et le nouvel environnement des affaires en méditerranée, Casablanca 6-7/3-1998) alors que l'arbitre est investi de la mission de rendre une sentence qui s'impose aux parties et qui a l'autorité de la chose jugée (Req. 7 mars 1888 DP 1889, 1, 32; Paris 17 novembre 1903 DP 1905, 2, 30 ; 1^e mars 1951 D. 1951, p 315). 3- l'expert intervient généralement sur une question technique alors que l'arbitre se prononce sur un conflit juridique. En effet, si le tiers est simplement chargé de constater une situation de fait, c'est un expert peu importe la force obligatoire ou non de sa décision. En revanche, s'il lui est demandé, en plus, de tirer les conséquences juridiques inhérentes à la situation de fait, il devient un arbitre. La convention d'arbitrage met donc nécessairement en cause un problème juridique. L'expertise, elle, concerne un litige factuel (Paris 28 octobre 2004, Rev. arb. 2004, somm. p 984. V. aussi Paris 14 mars 2002, JCP E 2003, chron 705 par Ch. SERAGLINI).

33 Expertise amiable. Rien n'interdit à des parties en litige, en dehors de toute procédure contentieuse devant un juge étatique ou un arbitre, de requérir l'avis d'un expert sur la manière dont il conviendrait de régler leur litige en vertu d'une clause dite « *expertise amiable* ». Il ne s'agit pas nécessairement dans cette hypothèse de demander l'avis du tiers sur une question technique au sens strict du terme, mais d'avoir recours à lui en raison de sa compétence professionnelle relativement à la question posée (Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, préc. n°208 et 236). Rien n'empêche surtout que ce tiers soit un juriste qui possède les qualifications, l'expérience et les compétences nécessaires pour proposer aux parties une solution conforme aux règles de droit. Pas plus que la mission de l'expert judiciaire, celle de l'expert amiable, qu'il soit un juriste ou pas, ne peut être assimilée à un arbitrage, les parties le désignent, en effet, pour qu'il leur donne un avis, mais s'accordent pour considérer que cet avis a un caractère strictement consultatif. Une fois cet avis émis, elles seront libres de le suivre ce qui mettra fin à leur désaccord ou de passer outre, et dans cette hypothèse, leur litige persistera. L'avis émis par un expert ne jouit pas, en effet, de l'autorité de la chose jugée (C. LEGROS, note préc.). Il ne constitue donc qu'une proposition que chaque partie accepte librement d'adopter ou non (Ch. JARROSSON, Les frontières de l'arbitrage, Rev. arb. 2001, p 21s).

34 Expertise et conciliation. L'expertise contractuelle est très proche de la conciliation car *"lorsque des contrats ou des statuts prévoient une tentative de conciliation, ils en confient souvent le soin à des experts"* (D. VEAUX, Arbitrage, JCL Civil, Art. 2059 à 2061 Fasc. 1 n° 14). L'une des pratiques les plus courantes, en la matière, est celle des compagnies d'assurances, qui, pour le règlement des sinistres et notamment l'évaluation de l'indemnité, prévoient très souvent, dans leurs polices, la désignation d'une commission d'experts (l'un nommé par la compagnie, l'autre par l'assuré), qui est, en réalité, une commission de conciliation car les parties ne sont pas tenues de s'incliner devant ses conclusions, et peuvent toujours saisir la justice au cas de désaccord.

7- ARBITRAGE DES ARTICLES 386 ALINEA 2 ET 852 DU CODE DES OBLIGATIONS ET DES CONTRATS

35 Arbitrage contractuel. L'article 386 COC (Art. 1592 C. civ. fr.) prévoit dans son deuxième alinéa que le prix de la vente, élément de formation du contrat, *"peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers"* et que *"si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente"*. Egalement, l'article 852 COC évoquant l'apport en société consistant en choses autres que du numéraire énonce : *"celles-ci doivent être estimées à la valeur du jour où elles ont été mises dans le fonds social; à défaut, les parties sont censées avoir voulu s'en rapporter à la valeur courante du jour où l'apport a été fait ou, à défaut, à ce qui sera arbitré par experts"*.

INTRODUCTION

La question est de savoir si l'arbitrage des articles 386 et 852 COC est un arbitrage au sens du code de procédure civile ? Malgré l'utilisation expresse du mot "*arbitrage*" et "*arbitre*" la mission confiée aux tiers et aux "*experts*" est d'une nature tout à fait différente de celle qui est stipulée dans une clause générale d'arbitrage (Ch. JARROSSON, op. cit. n° 298). La mission du tiers et des "*experts*" selon ces textes consiste à estimer, évaluer, la chose vendue et l'apport en société. Ce faisant, les articles 386 et 852 prévoient une procédure de formation du contrat de vente et de société. Or, la mission de l'arbitre n'a pas pour objet d'assurer la conclusion du contrat à négocier, mais de régler les désaccords susceptibles de naître lors de son exécution (J. GHESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ 1996 n° 697, p 678). En ce sens, la convention d'arbitrage prévoit une procédure de règlement des litiges. De même, l'arbitre des articles 386 et 852 supplée la volonté des parties pour former le contrat alors que l'arbitre du droit de l'arbitrage est investi d'une mission juridictionnelle : il doit trancher une contestation indépendamment de la volonté des parties. En réalité, c'est le critère du litige qui illustre la distinction entre la procédure des articles 386 et 852 COC appelée également « *arbitrage contractuel* » et la convention d'arbitrage revêtant le véritable « *arbitrage juridictionnel* ». Il en résulte que la « décision » rendue par l'arbitre de l'article 386 n'est pas une sentence arbitrale qui, a fortiori, ne peut faire l'objet d'une décision d'exequatur (Versailles, 1^e ch., 4 mars 2004, JCP G 2005 II-10017 note C. NOBLOT ; JCP E 2005, chron. Droit de l'arbitrage 676 note J. BEGUIN).

36 Clause de prix à dire de tiers. L'« arbitre » des articles 386 alinéa 2 et 852 COC n'est pas un expert bien que ce soit parfois le langage des arrêts (Versailles 4 mars 2004 préc.) ou des textes, car un expert a pour office de donner au juge des avis consultatifs, tandis qu'ici l'évaluation faite par le tiers est définitive (Ph. MALAURIE, L. AYNES, op. cit. n° 204, 145; v. aussi Req. 31 Mars 1862 DP 1862, 1, 242). En réalité, le tiers de l'article 386 et l'expert de l'article 852 COC est un mandataire commun chargé par les deux parties au contrat, de fixer son prix faute d'accord de leur part (La qualification n'est plus discutée : Cass. civ. 1^e, 2 décembre 1997, RTD civ 1998 p 396 obs. GAUTIER ; D. Affaires 1998 p 144 obs. BOIZARD, J. GHESTIN, Ibid.; Ph MALAURIE, L. AYNES, Ibid). En ce sens, les articles 386 et 852 COC organisent "*la clause de prix à dire de tiers*": les parties étant d'accord sur la chose ou l'apport, l'avis du tiers ou de l'expert apportera le complément contractuel nécessaire à la perfection du contrat (J. ROBERT, op. cit., n° 3, 6; sur la notion de "clause de prix à dire de tiers" v° J.-M. MOUSSERON et alii, n° 784, p 309 ; J. MOURY, Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers, Rev. sociétés 1997 p 455).

8- REGLEMENT ADR DE LA CCI

37 Source. Les ADR (Alternative Dispute Resolution) ou mode alternatifs de solution des litiges ont été importés des Etats-Unis d'Amérique où ils sont pratiqués par l'Association américaine des Barreaux depuis 1976 (J.M. NOLAN-HALEY, Alternative Dispute Resolution, West group 2001, spéc. p 5; J.-C. GOLDSMITH, Petite et grande histoire du Règlement ADR par la CCI, Gaz. Pal., Rec. 2001, Les cahiers de l'arbitrage p 36). La CCI a mis en place un règlement ADR en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2001 qui est venu remplacer le règlement de conciliation facultative en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1988. Il s'applique aussi bien aux litiges internationaux qu'internes comme mode amiable de règlement des litiges (Th. CLAY, Arbitrage et modes alternatifs de règlement des conflits D 2005, panor 3050 D 2006, panor. 3026; V. A. AL. AHADAB, De l'arbitrage à l'ADR, lg-ar., Rev. lib. arb 2006 n°38 p 18s).

38 Notion. Le Règlement ADR de la CCI, se caractérise par la volonté de reconnaître aux modes de solution des litiges autres que le mode judiciaire, un droit de cité propre et autonome qui se suffit par lui-même. A ce propos, le Règlement explique dans l'introduction « que la CCI a choisi de retenir pour le sigle ADR la notion de règlement « amiable » des différends, de préférence à celle, jusqu'à présent plus communément employée, de règlement « alternatif » des différends. Il n'est donc plus question de modes « alternatifs » mais « amiables » de règlement des litiges. Certains modes amiables visés par le règlement ADR sont déterminés tels la médiation, la conciliation et le minitrial. D'autres sont déterminables; en effet, l'article 5 du règlement englobe sous l'appellation ADR, « *toute*

INTRODUCTION

autre formule » et « *une combinaison de formules* ». Si les parties ne précisent pas la nature du mode amiable de règlement des litiges, celui-ci est présumé être la médiation ainsi que cela est expressément relevé dans le préambule du Règlement. En revanche, le règlement ADR de la CCI n'évoque pas l'arbitrage dans la mesure où ces modes amiables ne débouchent pas sur une sentence exécutoire comme c'est le cas en matière d'arbitrage (v. Introduction du Règlement).

39 Tiers. L'article 3 du Règlement ADR fait de la personnalité du tiers le chef du succès de toute procédure ADR. Cette personnalité repose sur les « *compétences professionnelles* » et les « *qualités humaines* » du tiers. Le tiers est en principe désigné par les parties ou à défaut d'accord, par la CCI. En plus de son curriculum vitae, le tiers doit remettre une déclaration d'indépendance qui sera communiquée aux parties. Les parties disposeront alors d'un délai de quinze jours pour notifier à la CCI leur objection motivée. Le cas échéant, la CCI procède à la désignation d'un autre tiers. Sauf accord contraire écrit des parties, le tiers commun ne doit pas agir ni avoir agi, que ce soit en qualité de juge, arbitre, expert ou représentant au conseil d'une partie dans une instance judiciaire, arbitrale ou autre du même ordre, se rapportant au différend faisant ou ayant fait l'objet de la procédure ADR. De même, il ne peut témoigner.

40 Procédure. Si les parties ont convenu, au préalable, de recourir à la procédure arbitrale, elles ne pourront se retirer de la procédure avant la première réunion avec le tiers. Néanmoins, le Règlement ne sanctionne pas l'inexécution de cet engagement. En revanche, si les parties n'ont pas prévu un tel accord préalable, elles pourront refuser de se réunir avec le tiers. L'article 7 du Règlement fait de la confidentialité un « *élément important, sinon essentiel* », d'une procédure ADR de la CCI. Cette confidentialité joue pour la période procédurale et post-procédurale. Elle concerne aussi bien les parties que les tiers. Elle est relative à tous documents, déclarations ou communications versés durant la procédure. Elle tombe lorsque le droit applicable implique la levée de la confidentialité. Aux termes de l'article 6 du Règlement ADR, la procédure prend fin par la survenance de l'un des événements suivants : a) La signature par les parties d'un accord mettant fin au différend ; b) La notification par écrit au Tiers, par une ou plusieurs parties, à tout moment après que la discussion mentionnée à l'article 5 (1) a eu lieu, d'une décision de ne pas poursuivre plus avant la procédure ADR ; c) L'achèvement de la procédure ADR établie selon l'article 5 de la notification écrite faite en conséquence par le Tiers aux parties ; d) La notification écrite aux parties par le Tiers que, selon son opinion, la procédure ADR n'aboutira pas au règlement du différend opposant les parties ; e) L'expiration de tout délai fixé pour la procédure ADR sauf prorogation de ce délai par toutes les parties, à charge pour le Tiers de notifier ladite expiration aux parties par écrit ; f) La notification écrite par la CCI aux parties et au Tiers, dans un délai qui ne saurait être inférieur à 15 jours à compter de la date d'échéance, de tout paiement dû par une ou plusieurs parties en application du présent Règlement, leur indiquant que ce paiement n'a pas été effectué ; g) La notification écrite par la CCI aux parties leur indiquant que selon son appréciation, la désignation d'un Tiers n'a pu être faite ou qu'il n'a pas été raisonnablement possible de nommer un Tiers. Le Tiers notifie à la CCI et aux parties la clôture de la procédure ADR et la CCI la confirme aux parties.

9- MODES ELECTRONIQUES DE REGLEMENT DES LITIGES

Le développement du commerce électronique a naturellement abouti à l'essor des modes électroniques de règlement des litiges dits « *Online dispute resolution* ». Certains modes s'éloignent de l'arbitrage tel le règlement ICANN; d'autres sont constitutifs d'un véritable arbitrage électronique.

INTRODUCTION

REGLEMENT ICANN DE RESOLUTION UNIFORME DES CONFLITS DE NOMS DE DOMAINE

41 Notion. L'ICANN (Internet corporation for assigned names and numbers) est une société américaine créée en 1998 à but non lucratif ayant des pouvoirs qui lui sont dévolus par le gouvernement américain dont la responsabilité de gérer le système des noms de domaine (L'ICANN a remplacé l'IANA (Internet assigned numbers authority). Cette expression désigne l'adresse du site web exprimée selon un langage codé comportant au moins un suffixe dit de premier niveau, qui peut être constitué par un domaine générique (par ex. « com » pour les activités commerciales ou « net » pour les entreprises impliquées dans le développement de l'Internet) ou national (par ex. « Lb » pour le Liban, fr. pour la France) et un radical choisi par l'intéressé (V. A. LUCAS, J. DEVEZE et J. FRAYSSINET, Droit de l'informatique et de l'Internet, PUF, Thémis 2001 p 403 n°636 ; G. KAUFMAN, Noms de domaine sur internet, Vuibert, 2001 ; N. BEAURAIN et E. JEZ, Les noms de domaine de l'internet, aspects juridiques, Litec 2001; rapp. Trib. gr. inst. Paris réf. 12 mars 1998, D 1999 p 316 note VIALA). L'ICANN bénéficie d'un monopole mondial d'attribution des noms de domaine dans les domaines génériques de premier niveau « com », « net » et « org » (V. P. LASTENOUSE, Le règlement ICANN de résolution uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine, Rev. arb. 2001 p 95 et s spéc p 97). La procédure d'attribution des noms de domaine repose sur un contrôle minimum afin de faciliter l'accès aux internautes. Si une personne désire enregistrer un nom de domaine, elle s'adressera aux registraires (*registrars*) agréés par l'ICANN ; l'enregistrement étant constaté par un contrat signé avec le registraire. Le 24 octobre 1999 et au vu d'un rapport de l'organisation mondiale de la propriété industrielle (OMPI) sur les noms de domaine de l'Internet ([http : // wipo2.wipo.int](http://wipo2.wipo.int)), l'ICANN a adopté un Règlement de résolution uniforme des conflits aux noms de domaine (Uniform domain name dispute resolution policy (UDRP) www.icann.org).

42 Procédure administrative de règlement des litiges. Le Règlement ICANN prévoit une procédure de règlement des conflits résultant de l'enregistrement ou de l'utilisation de mauvaise foi d'un nom de domaine dite procédure administrative (*administrative proceeding*). Aux termes de l'article 4-a du Règlement ICANN, la procédure administrative est obligatoire pour toute personne qui enregistre auprès de l'ICANN ou d'un registraire agréé un nom de domaine chaque fois qu'il lui est reprochée par quiconque, sous réserve de le prouver devant l'ICANN ou toute autre institution accréditée par cette dernière, que : le nom de domaine enregistré est identique ou prête à confusion avec une marque de commerce ou une marque de services sur laquelle le demandeur a des droits et la personne ayant enregistré le nom de domaine n'a pas de droit ou d'intérêt légitime dans ce nom de domaine, et l'enregistrement et l'utilisation de ce domaine sont empreints de mauvaise foi. Les institutions accréditées par l'ICANN pour connaître de la procédure administrative sont : le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, le National arbitration form, le Consortium disputes, org/e resolution, le Center for Public Resources (CDR), et l'Institute for Dispute Resolution (v. P. LASTENOUSE, art. préc., spéc. p 100).

43 Mécanisme. La procédure administrative se déroule exclusivement en ligne (Sur le sujet, v. Th. SCHULTZ, Online dispute resolution (ODR) ; résolution des litiges et ins numericum, RIDEJ J 2002/48 p 153 ; O. CACHARD, Les modes électroniques de règlement des litiges (MERLE), Com. électr., 2003, comm, 30, V. E. KATSH, The emergence of online dispute resolution, in Les premières journées internationales du droit du commerce électronique, Actes du colloque de Nice des 23, 24 et 25 octobre 2000, Act. dr. entr. n°20, Litec 2000 p 42s). Le demandeur formule sa demande qui est par la suite communiquée au défendeur pour répondre ; à défaut, le conflit est tranché sur la base de la seule demande (Règlement d'application, art. 5. e). Les conflits sont tranchés par des panels composés suivant le cas par un membre unique ou de trois membres impartiaux et indépendants (Règlement d'application, art. 7). Ce panel rend une décision écrite et motivée (Règlement d'application, art. 15) et la communique à l'Institution qui, à son tour, la communique aux parties, au registraire concerné, et à l'ICANN. Conformément à l'article 8.a du Règlement, le défendeur ne doit pas céder à une autre personne le nom de domaine objet de la procédure et ce, durant toute la procédure et dans la période de quinze jours ouvrables à l'expiration de la procédure. Il en

INTRODUCTION

est de même si le même nom de domaine fait l'objet d'une action judiciaire ou arbitrale sauf si le cessionnaire du nom de domaine s'engage à exécuter le jugement ou la sentence à intervenir.

44 Exécution des décisions. La décision du panel en annulation ou transfert du nom de domaine est exécutée par le registraire concerné après sa notification par l'institution. L'exécution n'a pas lieu si le défendeur présent au registraire la preuve d'une action en justice qu'il a intentée devant une juridiction dont la compétence a été reconnue par le demandeur dans sa demande (V. Règlement, article 3.b (XIV)). Dans ce cas, le registraire s'interdit toute mesure jusqu'à réception soit d'une preuve du règlement du différend par les parties, soit d'une preuve du rejet ou du désistement du recours en justice, soit d'une copie d'une ordonnance d'un tribunal rejetant le recours en justice ou décidant que le défendeur n'a pas le droit de continuer à utiliser le nom de domaine (Règlement, article 8.a).

45 Procédure administrative et arbitrage. La question est de savoir si la procédure administrative prévue par l'ICANN est constitutive d'un arbitrage ? Dans un arrêt du 17 juin 2004, la Cour d'appel de Paris a estimé que le mécanisme administratif proposé par l'ICANN n'est pas constitutif d'arbitrage (Paris 1^e ch., 17 juin 2004, Michel le P. c/ Sté Miss France, JCP G 2004, II-10156 note G. CHABOT ; Com. com. électr. 2005 comm n°38 note Ch. CARON; Rev. arb. 2006 p 161 note T. AZZI). En effet, si la procédure administrative de l'ICANN se rapproche de la procédure de l'arbitrage en ce qu'elle suppose un litige, l'indépendance et l'impartialité des experts membres de la commission administrative, un traitement équitable des parties et une libre appréciation des preuves, cela ne suffit pas pour la qualifier de procédure arbitrale (V. P.-Y GAUTIER, Arbitrage et internet, Dr. et patrimoine 2002/6 p88). Comme le relève la Cour d'appel, ces éléments « *s'appliquent également aux modes de règlement des litiges et notamment* », comme en l'espèce, « *à l'expert juridique, au titre de laquelle le tiers est simplement investi de la mission de rendre un avis* ». En réalité, cette procédure se distingue de l'arbitrage par plusieurs points. **En premier lieu**, on notera l'absence dans le règlement ICANN d'une clause compromissoire ou d'un compromis. L'arbitrage repose sur la volonté commune des parties de se soumettre à ce mode de règlement de litiges alors que dans la procédure administrative de l'ICANN seul le défendeur, personne qui a enregistré son nom, accepte de s'y soumettre (P. LASTENOUSE art. préc., spéc. p. 106 ; G. CHABOT note préc.). **En deuxième lieu**, malgré la soumission « obligatoire » du défendeur à cette procédure, celle-ci peut être doublée d'une action devant les tribunaux étatiques et ce, avant le déclenchement de la procédure administrative ou pendant son déroulement (V. art. 4K : « [Les parties peuvent] porter le litige devant un tribunal compétent appelé à statuer indépendamment avant l'ouverture de cette procédure obligatoire ou après sa clôture » ; v. aussi l'article 18 du Règlement qui prévoit expressément la possibilité qu'une action soit engagée devant les tribunaux étatiques pendant le déroulement d'une procédure administrative). **En troisième lieu**, la convention d'arbitrage investit l'arbitre d'une véritable compétence d'attribution entraînant par là le dessaisissement du juge étatique qui se trouve, par l'effet de la convention, incompetent pour connaître du litige pendant la procédure arbitrale et après le prononcé de la sentence arbitrale par l'effet de l'autorité de la chose jugée. Or, le règlement de l'ICANN prévoit la possibilité de saisir un tribunal étatique avant, pendant et après la clôture de la procédure administrative (Articles 4K et 18 du Règlement). La commission administrative ne dispose donc pas de pouvoir juridictionnel exclusif ; elle ne peut donc être qualifiée de juridiction arbitrale (G. CHABOT note préc.; P. LANESTOUSE art. préc. p 107 ; v. aussi O. CACHARD, La régulation internationale du marché électronique LGDJ 2002 note (10) n°533 cité par G. CHABOT préc note 14). **En quatrième lieu**, et la Cour d'appel de Paris l'a relevé, l'arbitre est investi « *d'une mission d'ordre juridictionnel en vue de conclure par une décision ayant autorité de chose jugée pour les parties* », en ce sens que l'arbitre tranche le litige. Or, la décision de la commission administrative ne satisfait pas à cette condition ; d'une part, cette décision n'oblige que le registraire, tierce personne à la procédure, tenu, suivant le cas, d'annuler ou de transférer le nom de domaine, alors qu'aucun texte du Règlement n'indique que les parties à la procédure sont liées par cette décision. D'autre part, le Règlement, consacrant aux parties le droit de recourir aux tribunaux étatiques, dit clairement que la décision administrative est dépourvue d'autorité à l'égard des parties ; cette décision ne tranchant

INTRODUCTION

pas nécessairement le conflit. Néanmoins, il est à noter que si la Cour a considéré qu'il s'agit d'expertise juridique, force est de constater que la qualification de cette procédure administrative ne fait pas l'unanimité des auteurs. Aussi un auteur averti y voit « *une procédure sui generis, manifestation originale des usages internationaux qui sont nés dans le sillage de l'internet* » (Ch. CARON note préc. Du même auteur, Brefs propos sur l'émergence des usages de l'internet dans l'environnement international, in *L'internet et le droit*, légipresse 2001, p 429 ; Dans le même sens F. GELINAS, Splendeurs et misères de la célérité : bilan du système de règlement des différends relatifs à l'adressage internet, Gaz. Pal., Rec. 2002, Cahiers de l'arbitrage n°2002/1 p 46 spéc. p 48).

ARBITRAGE ELECTRONIQUE

46 Intérêts. En plus des avantages classiques de l'arbitrage : rapidité, coûts, confidentialité et compétence des arbitres, l'arbitrage électronique présente l'intérêt d'une « *justice à domicile* ». La procédure arbitrale communiquée par la voie des réseaux électroniques évite aux parties de se déplacer. De même, il favorise un arbitrage « accéléré » dans la mesure où les prétentions, preuves et autres documents sont quasi instantanément envoyés par simple cliquage sur une icône par la voie du courrier électronique notamment (Sur la possibilité de pratiquer un arbitrage en « ligne », v. J. HUET et S. VALMACHINO, *Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international*, Gaz. Pal., Rec 2000, Doct p 6s). A l'heure actuelle, les règlements spécifiques à l'arbitrage en ligne les plus élaborés sont ceux de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et de l'Université de Montréal connu sous le nom de Cybertribunal.

47 OMPI. Le Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI a été créé en 1994 afin de résoudre les litiges en relation avec la propriété intellectuelle. Le Centre s'occupe surtout des noms de domaine et des droits de propriété intellectuelle. A cet effet, il propose trois modes de règlement des litiges : une médiation en ligne, un arbitrage accéléré en ligne et une procédure en ligne devant les commissions des contestations administratives. Seule cette dernière fait pour l'instant l'objet d'un projet rédigé : c'est le Règlement de l'OMPI « *relatif aux procédures devant les commissions de contestations administratives concernant les noms de domaine de l'internet* » (ou « Règlement pour les CCA », qui est accessible sur le site de l'OMPI à l'adresse www.wipo.int/fre/arbit/acprules).

48 Cybertribunal. Mis en place depuis 1996 par le Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, le « *cybertribunal* » tranche les litiges susceptibles d'intervenir dans les domaines suivants : droit d'auteur, marque de commerce, commerce électronique, concurrence, liberté d'expression, vie privée, et autres domaines à l'exclusion des questions qui relèvent de l'ordre public (Cf C. FERL-SCHUHL, *Cyber droit, Le droit à l'épreuve de l'internet*, 3 éd. Dalloz-Dunod, 2002 ; F. BAILLET, *Internet, Le droit du Cybercommerce, le guide pratique et juridique*, éd. stratégies 2001 ; V. E. CAPRIOLI, *Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, l'expérience du cybertribunal*, Rev. arb. 1999 p 224). Pour soumettre un litige au cybertribunal, la partie remplit un formulaire électronique disponible sur son site internet et choisit un mot de passe personnel. Après étude de la recevabilité de la demande, le secrétariat nomme un arbitre ou un médiateur et ouvre un dossier pour l'affaire, accessible en ligne sur le « site de l'affaire en cours ». L'accès est sécurisé et seules les personnes titulaires d'un code confidentiel peuvent consulter les informations et les pièces du dossier (Les parties n'ayant accès qu'à la seule partie du dossier qui les concerne). Une fois nommé, l'arbitre ou le médiateur se rend sur le site afin d'inviter l'autre partie à participer à la procédure et à conclure une convention de médiation ou d'arbitrage. Par la suite, tous les échanges de documents, conclusions et autres informations s'opèrent par courrier électronique ou dans une « *chat room* » (pièce où l'on peut discuter en direct via les ordinateurs et les réseaux). Matériellement, l'arbitre dispose de formulaires électroniques pour tous les actes de la procédure : modèles de convention, d'avis, etc. Cette procédure se caractérise par sa gratuité et par l'absence du rôle de la volonté des parties dans le choix de l'arbitre qui, néanmoins, peut être récusé au cas où son indépendance et impartialité font défaut. De même, rapporte l'auteur, le Règlement du cybertribunal consacre le respect des principes directeurs du procès :

INTRODUCTION

contradiction, confidentialité et ordre public. En outre, l'article 23 § 4 énonce que la sentence de l'arbitre est finale et sans appel (Pour de plus amples détails, v. E. CAPRIOLI, art. préc.).

49 Exigence de forme. L'article 763 alinéa 1 NCPC libanais prévoit que « *La clause compromissoire n'est valable que si elle est écrite dans le contrat principal ou dans un document auquel le contrat s'y réfère* ». De même, l'article 766 alinéa 1 NCPC énonce que : « *Le compromis d'arbitrage ne peut être prouvé que par écrit* ». Par conséquent, la convention d'arbitrage formée par un moyen électronique pose les problèmes de sa validité et de sa preuve au regard des articles 763 et 766 susvisés à cause de la nature électronique de son support. Ici, il faut distinguer selon que la convention intervienne dans le cadre d'un système fermé d'échanges de données informatisées (EDI) ou dans le cadre d'un système ouvert notamment, sur le réseau internet.

50 EDI. Techniquement, l'EDI « *permet l'échange automatisé, via un moyen de télécommunication, de logiciel d'application à logiciel d'application indépendants de données normalisées et structurées* » (T CARCENAS, in Pour une administration électronique citoyenne, méthodes et moyens, rapport CARCENAC au premier ministre, avril 2001 ; v. A. BENSOUSSAN et alii, L'échange de données informatisées et le droit, Hermès 1991). Juridiquement, l'EDI, dit encore accord d'interchange ou d'échange, peut être défini suivant la formule de M. CAPRIOLI, comme « *un contrat cadre par lequel deux ou plusieurs personnes physique ou morale, établissent les conditions juridiques et techniques d'utilisation de l'échange de données informatisées dans le cadre de leurs relations commerciales* » (E. CAPRIOLI, Les accords d'échange de données informatisées, Cahiers Lamy mai 1992 (c) p 2 spéc p 6 ; JCL Commercial Fasc 8-1995. V. R. HOWLAND, L'accord d'interchange standard, Journées forum Droit des affaires, 11 juin 1993 ; B. NOEL, Les accords d'interchange et la formation des contrats par EDI, Journée Forum préc. J. HUET, Aspects juridiques de l'EDI, D 1991, chr. XXXVII p 181). Le contrat-cadre d'accord d'EDI étant en pratique conclu par écrit sur support papier, la validité ou la preuve de la convention d'arbitrage ne doit pas poser de problèmes particuliers.

51 Réseau ouvert. A l'occasion d'une transaction électronique en réseau ouvert, lorsque le contrat est conclu online, une partie peut émettre une offre de compromettre, la question est de savoir si la clause compromissoire une fois acceptée (notamment par le double cliquage, l'un donné pour le corps du contrat, l'autre pour les conditions générales) produira valablement ses effets ? En matière d'arbitrage interne, les dispositions de l'article 763 NCPC libanais militent pour une réponse négative. En effet, l'article 763 exige la forme écrite pour la validité même de la clause arbitrale et l'article 766 NCPC exige un support-papier pour prouver le compromis d'arbitrage. La situation du droit français est différente. En effet, la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique (JO 14 mars 2000 p 3968 ; JCP G 2000, II-20259) ajoutant les articles 1316 à 1316-4 du Code civil a affirmé « *la synonymie du littéral et de l'écrit* » (P. CATALA, Ecriture électronique et actes juridiques, in Mélanges M. CABRILLAC, Dalloz-Litec 1999 p. 91 spéc. p 95) mettant un terme au monopole du papier (Art. 1316 C. civ. : « La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission) aussi bien pour l'admissibilité (Art. 1316-1 : « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier ») que pour la préconstitution de la preuve (Art. 1316-3 : « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier »). Il en résulte que « *la nature de l'écrit ne dépend pas de son support physique, la preuve littérale ne s'identifie plus au papier* » (P. CATALA, art préc. spéc. p 96 ; v. E. A. CAPRIOLI, La loi française sur la preuve et la signature électroniques dans la directive européenne, JCP G 2000 Doct I-224 ; P.-Y. GAUTIER, De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent, Ibid, Doct I-236). Dès lors, la question est de savoir si la convention d'arbitrage conclue par un moyen électronique bénéficie des articles 1316 et suivants du Code civil ? S'agissant la clause compromissoire, l'écrit est exigé à titre de validité. Or, l'objet des articles 1316 et suivants du Code civil est limité, pour l'heure, à l'admission d'écrits signés de façon électronique comme moyen de preuve. Comme le relève justement un auteur : « *Il n'est point question, à ce stade, d'autoriser le recours à de tels actes lorsqu'un écrit ou une signature manuscrite sont exigées ad validitatem* » (A. PRUM, L'acte sous seing privé

INTRODUCTION

électronique : Réflexions sur une démarche de reconnaissance, in Mélanges, M. CABRILLAC préc. p 255 spéc p 256). Il en résulte que la clause compromissoire ne peut bénéficier de la « *synonymie du littéral et de l'écrit* ». En revanche, s'agissant le compromis, où l'écrit est exigé à titre de preuve, on peut présager que la jurisprudence admettra la validité de la preuve d'un compromis figurant sur un support électronique.

52 Moyen électronique et arbitrage international. En matière d'arbitrage international, deux arguments militent pour la validité de la convention d'arbitrage insérée dans un contrat électronique : d'abord, l'absence de dispositions législatives internes imposant une condition de forme à la clause arbitrale internationale. A cet effet, les auteurs s'accordent à dire qu'en matière internationale, la convention d'arbitrage est régie par le seul principe de consensualisme. Ensuite, le principe de la validité de la clause compromissoire indépendamment de la référence à toute loi étatique, posé comme une véritable règle matérielle du droit français de l'arbitrage international (Paris 11 avril 2002, Rev. arb. 2003 p 1255, 1^e esp, note F.-X. TRAIN ; v. aussi Cass. civ. 1^e, 4 juillet 1972, Rev. crit DIP 1974 p 82 note P. LEVEL ; Paris 13 décembre 1975, Rev. arb. 1977 p 147 note Ph. FOUCHARD ; JDI 1977 p 106 note E. LOQUIN). Il en résulte que pour être efficace en matière internationale, il suffit pour juger de l'existence de la clause arbitrale de prouver la commune volonté des contractants de recourir à l'arbitrage en cas de conflit, abstraction faite des dispositions de droit interne notamment celles de l'article 763 NCPC libanais.

Néanmoins, la difficulté demeure dans la mesure où la convention de New York de 1958 pour « *la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères* » que le Liban a ratifié en 1997 exige dans son article II « *une convention écrite* » en prévoyant qu'elle doit être « *signée par les parties ou contenues dans un échange de lettres ou de télégrammes* ». En outre, l'article IV § 1 exige pour la reconnaissance et l'exécution de la sentence que le demandeur fournisse l'original ou une copie de la convention. En réalité, les dispositions de l'article II et IV de la convention de New York sont contournées : d'une part, l'article VII § 1 de la convention permet à la partie intéressée d'invoquer les dispositions plus libérales du lieu d'exécution de la sentence. Il en résulte que l'on pourra valablement se prévaloir des règles du droit interne pour écarter l'exigence de forme de la convention de New York (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°141, 20 novembre 2001, Rev. lib. arb. 2002 n°21 p 24 ; Cass. civ. 1^e, 26 juin 2001, Rev. arb. 2003 p 1280 obs. E. GAILLARD ; infra, n°848) ; d'autre part, parce que à supposer la convention de New York applicable, l'écrit peut s'entendre de la forme électronique. A ce propos, la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage précise en son article 7 alinéa 2 que la convention d'arbitrage est sous forme écrite si elle est consignée dans un « *échange ou tout autre moyen de communication qui en atteste l'existence* ». De même, la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996 admet qu'un document électronique peut être assimilé à un écrit « *si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement* ».

10- ARBITRAGE BASEBALL

53 Origine. La pratique du commerce international et donc des contrats internationaux familiarise les différents opérateurs avec différentes facettes de l'arbitrage. Ainsi en est-il par exemple des clauses dites « *d'arbitrage baseball* » également appelées clauses « *d'arbitrage de la dernière offre* » (Final offer arbitration (FOA) ou last offer arbitration (LOA), « *d'arbitrage pendulaire* » (pendulum arbitration) ou encore « *d'arbitrage flip-flop* » (flip-flop arbitration). Selon un auteur (L. METROVIC, L'arbitrage baseball : Arbitrage ou mode alternatif du règlement ? Rev. arb. 2003, Doct p 1167s), l'arbitrage baseball trouve son origine dans les techniques de négociations salariales appliquées aux Etats-Unis. En 1908, Tommy Leach, joueur de baseball membre de l'équipe des Pittsburgh Pirates, utilisa le terme « *d'arbitrage* » pour décrire le mécanisme qu'il suggérait afin de trancher le différend salarial qui l'opposait à son club. Il suggéra la nomination d'un panel de trois arbitres choisi parmi le milieu d'affaires local, l'un désigné par ses soins, l'autre choisi par son club et le troisième désigné par les deux arbitres proposés par chaque partie, avec mission de fixer son salaire. Cette idée d'un mécanisme rapide et quelque peu expéditif pour trancher les revendications des

INTRODUCTION

joueurs fit ensuite son chemin dans le monde sportif professionnel américain. Il est aussi connu sous le terme d'arbitrage salarial (salary arbitration).

54 Mécanisme. L'auteur décrit le concept : « *chaque partie, joueur comme club, doit faire une proposition de salaire. Les parties s'échangent leurs propositions simultanément (chacune ignorant jusqu'à ce moment celle formulée par l'autre) et en même temps que celles-ci sont remises au tribunal arbitral. Après avoir entendu les parties lors d'une audience contradictoire, ce dernier retient l'un des deux montants proposés sans possibilité d'apprécier ni son bien-fondé, ni de proposer un montant représentatif d'un compromis entre les positions respectives des parties. L'idée sous-jacente est d'inciter d'emblée les parties à rapprocher le plus possible leurs positions, en décourageant toute exagération. En effet, la décision de l'arbitre agit comme un couperet par l'exclusion pure et simple et sans appel de toute proposition manifestement déraisonnable* » (V. M. MAISONNEUVRE, Arbitres sportifs et arbitres juridiques réflexions inspirées de la loi n°2006-1294 du 23 octobre 2006, Rev. arb 2006 p 1123).

11- DISPUTE BOARDS

55 Notion. Les Dispute boards (DB) sont des collèges d'experts que les parties à un contrat (de construction et d'ensembles industriels) désignent au moment de la conclusion de celui-ci, chargés, pendant toute la durée de celui-ci, à titre onéreux, de résoudre les litiges (entre maîtres d'ouvrages et entrepreneurs) à mesure qu'ils surgissent. Néanmoins, les litiges visés ne sont pas, en principe, d'ordre juridique mais d'ordre technique et financier. Cela a amené la CCI à édicter un règlement international relatif aux dispute boards en vigueur à compter du 1^{er} septembre 2004 (Le règlement peut être consulté sur le site de la CCI : www.iccwbo.org/drs/french/dispute.boards/reglements.-asp; V. P. GENTON, Le nouveau règlement CCI sur les "Dispute boards", Gaz. Pal. Rec. 2004, doct. P 3596, J. n°339, 4 décembre 2004, p 36). Les procédures engagées conformément au règlement de la CCI relatif aux DB ne sont pas administrées par la CCI. Celle-ci joue plutôt un rôle subsidiaire qui peut comprendre la nomination des membres du DB et l'examen des décisions du DB. Ces fonctions sont assurées par le Centre des DB de la CCI qui est distinct de la Cour internationale d'arbitrage, du Centre international d'expertise et du secrétariat ADR de la CCI.

56 Mécanisme. Le collège d'experts n'est pas un tribunal arbitral dans la mesure où ses conclusions ne s'imposent pas aux parties. En effet, le DB « *aide de manière informelle les parties, si elles le souhaitent, à résoudre des désaccords pouvant survenir lors de l'exécution du contrat et émet des recommandations ou des déterminations concernant tout différend que lui soumet l'une ou l'autre partie* ». Néanmoins, les déterminations des DB peuvent devenir contractuellement obligatoires à l'égard des parties sous certaines conditions (Cf art. 1, Règlement DB, CCI). De même, ses conclusions ne sont pas dénuées de toute incidence sur le cours du litige dans la mesure où la partie lésée pourra menacer la partie fautive de recourir à la justice sur la base desdites conclusions.

57 Contrat de membre. Pour bénéficier des services du Centre des DB à la CCI, un contrat de membre du DB doit être signé par chacun des membres avec chacune des parties. En principe, il est rédigé en termes identiques avec tous les membres du Centre sauf volonté contraire des parties et du membre du DB concerné (Art. 10-1 Règlement DB, CCI). Ce contrat ne peut être résilié que conjointement par les parties. La résiliation pouvant intervenir à tout moment à condition de verser au membre du DB des honoraires mensuels sur une période minimum de trois mois, sauf accord contraire des parties et du membre du DB concerné (Art. 10-2 Règlement DB, CCI). De même, le membre du DB peut mettre fin à son contrat sous réserve d'un préavis de trois mois sauf accord contraire avec les parties (Art. 10-3 Règlement DB, CCI). Une fois le contrat de membre du DB est signé, le DB entame ses activités. Il organisera des réunions et visites sur le site en cas de nécessité (Art. 12, Règlement DB, CCI). Il organisera et conduira les audiences (Art. 19, Règlement DB, CCI) et ce jusqu'à l'émission de sa

INTRODUCTION

détermination, qui devra intervenir dans le délai de 90 jours suivant la date de sa saisine sauf prorogation du délai par les parties après consultation du DB (Art 20, Règlement DB, CCI).

58 Types de dispute boards. Le Règlement CCI relatif aux DB propose au choix des parties trois types de DB :

Dispute Review Board (le « DRB »). Le DRB émet des « recommandations » concernant tout différend qui lui est soumis et constitue une méthode relativement consensuelle pour résoudre les différends. Si aucune partie ne manifeste son désaccord avec une recommandation dans un délai déterminé, les parties s'engagent contractuellement à se conformer à celle-ci. Si une partie manifeste son désaccord dans ledit délai, elle peut soumettre l'ensemble du différend à l'arbitrage si les parties en sont convenues, ou au juge. En attendant la décision du tribunal arbitral ou du juge, les parties peuvent se conformer volontairement à la recommandation mais elles ne sont pas tenues de le faire.

Dispute adjudication Board (« DAB »). Le DAB émet des « décisions » concernant tout litige qui lui est soumis et constitue une approche moins consensuelle de la résolution des différends. En vertu de la convention des parties, une décision doit être appliquée dès sa réception. Si une partie manifeste son désaccord avec une décision dans un délai déterminé, elle peut soumettre le différend à l'arbitrage, si les parties en sont convenues ou au juge, en vue de le faire trancher définitivement. Cependant, les parties s'engagent contractuellement à se conformer à la décision tant qu'une décision contraire n'aura pas été rendue par le tribunal arbitral ou le juge saisi du différend. Si aucune partie ne manifeste son désaccord dans le délai imparti, les parties conviennent de demeurer liées par la décision du DAB.

Combined Dispute Board (« CDB »). Le CDB émet normalement des recommandations concernant tout différend qui lui est soumis. Il peut néanmoins rendre une décision si une partie le demande et qu'aucune autre partie ne s'y oppose. En cas d'opposition, le CDB décidera d'émettre une recommandation ou bien une décision, en application des critères énoncés dans le règlement. Le CDB représente donc une approche intermédiaire entre le DRB et le DAB. La principale différence entre une décision et une recommandation est que les parties doivent se conformer à la décision dès sa réception, alors qu'elles ne sont tenues de se conformer à une recommandation que si aucune partie ne s'est opposée à la recommandation dans un délai déterminé. Dans les deux cas, si une partie n'est pas d'accord avec la détermination du DB sur un différend donné, elle peut soumettre ce différend à l'arbitrage, si les parties en sont convenues, ou aux tribunaux afin d'obtenir une sentence ou un jugement ayant force exécutoire. La décision du DB est recevable dans toute procédure ultérieure de ce genre.

III- AVANTAGES ET INCONVENIENTS DE L'ARBITRAGE

Des avantages divers expliquent l'abandon du recours judiciaire par les litigants au profit de l'arbitrage. Parmi les avantages qui plaident en faveur de cette institution ce qu'on a pu dire sur la rapidité de la procédure arbitrale, son coût moins élevé, sa confidentialité, et la technicité des arbitres.

59 Rapidité. En principe, la durée de l'arbitrage est fixée par les parties. La détermination contractuelle du délai n'est soumise à aucune contrainte. Les parties peuvent convenir d'un délai court voire très court d'arbitrage. En l'absence de clause, ce délai sera obligatoirement d'une durée maximale de six mois à compter de l'acceptation par le dernier arbitre de sa mission d'arbitrage et ce, conformément à l'article 773 NCPC libanais. Il en résulte que la rapidité de la procédure arbitrale est consacrée par la loi. Cependant, une doctrine autorisée (Y. GUYON, Arbitrage, Economica, 1993, 8; Ch. GAVALDA, Cl. LUCAS de LEYSSAC, Arbitrage, Dalloz 1991, p 3; J. RUBELLIN-DEVICHI, art. préc. n°10) s'accorde à dire que la rapidité de l'arbitrage est

INTRODUCTION

souvent un “*leurre*”. La lenteur et la complexité de certains arbitrages internationaux ont toujours été relevées (R. DAVID, op. cit. n° 56). En effet, d’une part, il est très peu probable qu’un arbitre accepte de trancher un litige, notamment s’il met en cause des intérêts internationaux, dans un délai contractuel qu’il juge bref, aussi l’arbitre n’accepte une telle mission que si le délai imparti par les parties est “*convenable*”; d’autre part, souvent l’application de la convention d’arbitrage ou la mise en place du tribunal arbitral ne se fait qu’au prix d’interminables négociations longues et difficiles. S’il est vrai que la rapidité peut souffrir de certains obstacles, ils ne sont pas de nature à lui enlever tout crédit.

60 Justice moins onéreuse. Certains reconnaissent à l’arbitrage l’avantage d’une justice moins onéreuse que la procédure judiciaire. Nous ne le pensons pas. Non seulement la partie doit payer les honoraires des arbitres relativement élevés surtout s’agissant les arbitrages internationaux mais, elle devra également pourvoir aux frais très coûteux du fonctionnement de la procédure arbitrale tant, si elle est organisée par l’organisme professionnel qui accompagne la procédure arbitrale en cas d’arbitrage institutionnel que si elle est supervisée par l’arbitre ou les arbitres constituant le tribunal arbitral en cas d’arbitrage ad hoc.

61 Technicité. Pour certains, l’arbitrage ouvre la voix à une justice d’une grande technicité. Le choix des arbitres permettant de désigner des techniciens, des spécialistes qualifiés maîtrisant concepts et connaissances de manière plus approfondie et plus aptes que quiconque à une appréhension rapide du litige. Mais il faut constater que cet avantage pose un faux problème parce que, de nos jours, la spécialisation est devenue un facteur élémentaire de l’évolution sociale et juridique. En outre, le droit de l’arbitrage implique nécessairement le recours aux spécialistes juridiques dans la mise en place des tribunaux arbitraux aux dépens des arbitres-techniciens.

62 Confidentialité. La confidentialité est une valeur sûre de l’arbitrage. Comme le relève un auteur : « *le secret est de la nature même de la procédure d’arbitrage* » car la publicité peut empoisonner en cascade un ensemble de relations contractuelles souvent complexes (E. LOQUIN, Les obligations de confidentialité dans l’arbitrage, Rev. arb 2006 p 323; Ph. CAVALIEROS, La confidentialité de l’arbitrage, Gaz. Pal. Rec 2005 doct. p 3963, J n°349, 15 décembre 2005 p 6; E. GAILLARD, Le principe de la confidentialité de l’arbitrage commercial international D 1987 chron 153; Adde F. S. CARRE, La confidentialité dans le règlement amiable des litiges, Pet. Aff. n°93 5 août 1994 et n°94 8 août 1994 ; H. SMIT, Breach of confidentiality as a ground for avoidance of the arbitration agreement, in Etudes affertes à J. GHESTIN, LGDJ 2001 p 821 et s). En l’absence de dispositions légales consacrant la confidentialité de l’arbitrage, ce principe est justifié par l’usage. En outre, il est consacré par différents règlements institutionnels internes et internationaux (V. par exemple, Règlement de conciliation et d’arbitrage de la chambre de commerce de Beyrouth, Appendice II, art. 2). Egalement, la jurisprudence le cautionne (Sur la confidentialité en matière d’arbitrage, v. également Paris 18 février 1986, Rev. arb. 1986, p 583 note G. FLECHEUX; Paris 4 avril 2002, Rev. arb. 2003 p 145s sp, p 150 note P. BENSUAUDE qui considère que l’exercice abusif du recours en annulation peut violer la confidentialité attachée à l’arbitrage et justifier une condamnation à des dommages-intérêts) sur le fondement de la volonté des parties (Trib. com. Paris Ord. réf. 22 février 1999, conf. par Paris 17 septembre 1999, Rev. arb. 2003, somm p 189 ; v. sur ces décisions, l’article de F. FAGES, La confidentialité de l’arbitrage à l’épreuve de la transparence financière, Rev. arb. 2003 Doct p5 et les nombreuses ref. citées) ou la « *nature privée* » de la justice arbitrale (Beyrouth 3^e ch., arrêt n°1404, 9 octobre 2003, Rev. lib. arb. 2004 n°28 p 60).

IV - HISTORIQUE

63 Droit romain. L’arbitrage est aussi ancien que la société (V. J. RUBELLIN-DEVICHI, J.CL Proc. civ., Fasc. 1010, Arbitrage, principes généraux, l’arbitrage du droit romain au décret du 14 mai 1980, la réforme: décret du 14 Mai 1980). Le digeste et le code en droit romain ont traité de l’arbitrage (D.L. 4, tit VIII, C. Liv. II, tit LVI). On rapporte que le compromis devait être revêtu des formes solennelles de la stipulation et garanti par une clause pénale et c’est de la double stipulation emportant la double promesse que faisaient les parties de se soumettre à l’arbitrage, qu’est venu le mot *compromissum* (Pandectes françaises, op. cit., chapitre premier § 2). Toutefois, à l’époque de Justinien,

INTRODUCTION

cette double stipulation n'était plus nécessaire pour la validité du compromis si les parties ne réclamaient pas contre la sentence, pendant les dix jours qui suivaient, celui de sa prononciation. On reconnaissait alors à Rome sept espèces d'arbitres : les uns étaient choisis par les parties (*compromissarius juralus e ipso pacto*), d'autres par le prêteur (*sententia judicis constitutus arbiter in cauris bonoe fidei*).

64 Droit français. Les écrits les plus anciens attestant l'usage de l'arbitrage ne remontent pas au delà de 1204, date de la confirmation par Pierre II, roi d'Aragon, des statuts de Montpellier. L'ordonnance de 1263 rendue par Louis IX est le premier document législatif français contenant des règles spéciales sur l'arbitrage. L'ordonnance de Moulins de 1566 rendue par François II institua l'arbitrage forcé en matière commerciale mais aussi chaque fois qu'il était question de partager ou de diviser une succession entre parents, de recevoir un compte de tutelle ou de toute autre administration de biens, ou dans le cas de restitution de dot ou de délivrance d'un douaire. La loi des 16-24 août 1790 est venue reconnaître le principe de la faveur accordée à ce mode de juridiction (V. J. HILAIRE, *L'arbitrage dans la période moderne (XVI^e XVIII^e siècle)*, Rev. arb. 2000 p 187s). Son article premier énonçait que *“l'arbitrage étant le mode le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucunes dispositions qui tendent à diminuer soit la faveur soit l'efficacité du compromis”*. Son article 12 consacrait l'arbitrage obligatoire dans les rapports de famille. La loi française du 10 juin 1793 donna à l'arbitrage une dimension inégalée. Aux termes de cette loi, tous les procès pendants, ou pouvant s'élever entre les communes et les propriétaires à raison des biens communaux ou patrimoniaux, pour droits, usages, prétentions ou demandes en rétablissement dans les propriétés, ou toutes autres réclamations, devaient être réglés par arbitrage (Art. 3 et 5). De même, la loi soumettait à l'arbitrage les procès entre communes à raison de leurs biens communaux ou patrimoniaux au sujet de la propriété ou de la jouissance de ces biens (Art. 4). En outre, toutes les actions à exercer par les communes contre des citoyens et qui avaient encore pour objet des biens patrimoniaux et communaux étaient également soumises à l'arbitrage (Art. 5). A la loi du 10 juin 1793, il faut ajouter, celle du 2 octobre de la même année, qui compléta certaines de ses dispositions. Cette loi prescrivit la notification aux parties des nominations d'arbitres. Elle précisa en outre les causes de leur récusation. Enfin, la faveur de l'arbitrage a été expressément consacrée par la loi du 17 Nivose an II « *relative aux donations et successions* » soumettant à l'arbitrage forcé, les contestations en matière de donations, de testaments, et de successions.

La réaction à cette *“frénésie”* de l'arbitrage n'a pas tardé à se manifester. Par un arrêt de principe du 10 juillet 1843, la chambre civile de la Cour de Cassation (Cass. civ. 10 juillet 1843 S. 1843, I, p 561 concl. HELLO, note L.R. DEVILLENEUVE; D. 1843,1, 343) a refusé de reconnaître la validité d'une clause compromissoire au motif que l'article 1003 du code de procédure civile ne reconnaissait le pouvoir de compromettre que dans les conditions prévues par l'article 1006, qui exige que soient désignés par les parties, sous peine de nullité, *“les objets en litige et les noms des arbitres”*. Or, la clause compromissoire, à la différence du compromis ne peut pas évidemment indiquer la nature du litige puisque, par hypothèse, celui-ci n'est pas encore né. Aussi, un décret du 3 vendémiaire an IV entama une série de *“rétorsions”* qui, ayant débouché sur la loi du 17 juillet 1856, limitèrent le domaine de l'arbitrage. De même, l'arbitrage s'est trouvé relégué tout à la fin du code de procédure. Cette place matérielle *“indique suffisamment la déchéance qu'a subie l'institution dans l'esprit du législateur”*. La politique législative défavorable à l'arbitrage a duré jusqu'à la réforme apportée par la loi du 31 décembre 1925 (JO 5 janvier 1926, DP 1926, 4, 25) en exécution de certains engagements de l'Etat français sur le plan international notamment en raison du protocole de Genève du 24 septembre 1923 (M. DE BOISSESSON, op. cit., p 909s). Cette loi dit expressément que : *“les litiges relevant de la compétence des tribunaux de commerce pourront donner lieu à arbitrage obligatoire à la suite d'une clause compromissoire”*. Le texte a consacré donc, la validité de la clause compromissoire mais en matière commerciale seulement. C'est ce qui a été nettement affirmé d'ailleurs par la Cour de Cassation par deux arrêts du 19 février 1930 (aff.

INTRODUCTION

Mardelé, Clunet 1931, 90; S. 1933, 1, 41 note J.P. NIBOYET) et du 27 janvier 1931 (Clunet 1932,93; S. 1933,1,41 note J. P. NIBOYET). La loi du 5 juillet 1972 a introduit dans le code civil les articles 2059 à 2061 traitant des conventions d'arbitrage. Cette loi posait dans son article 13, le principe de la nullité de la clause compromissoire – en matière civile – s'il n'est disposé autrement par la loi (Ancien art. 2061). Plus tard, les décrets des 14 mai 1980 et 12 mai 1981 ont opéré une refonte complète de l'arbitrage et des conventions d'arbitrage, insérée dans les articles 1442 et suivants du nouveau code de procédure civile. De même, une loi du 15 mai 2001 a abrogé l'article 2061 du code civil rendant la clause compromissoire valable dans les contrats conclus « à raison d'une activité professionnelle », sous réserve des dispositions législatives particulières (V. Ch. JARROSSON, Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001, JCP G 2001, 1, 333 ; JCP E 2001, 1371).

65 Droit libanais. L'ancienne législation ottomane restée en vigueur au Liban jusqu'en 1934 évoquait l'arbitrage. En effet, le « *Medjellé* », premier code dans la charia islamiya, considéré comme le Code civil musulman, réglementait l'arbitrage dans son quatrième livre en vertu des articles 1841 à 1851 (v. F. NAMMOUR, Le code civil français : modèle utilisé au Liban, in Code civil et modèles sous la direction de Th. REVET, Institut A. TUNC, Tome 6, LGDJ 2005 p 481s ; Al Adl 2005 p 1s). Il mettait l'accent sur la nature contractuelle de l'arbitrage, doté, cependant, d'une force exécutoire moindre que les décisions judiciaires : le juge pouvant annuler la sentence s'il considérait qu'elle était contraire à ses propres convictions. Mais, cela n'empêchait pas les parties à la clause arbitrale de l'exécuter, auquel cas, elle avait la même force obligatoire qu'un contrat. Par ailleurs, en cas de pluralité des arbitres, la sentence devait être rendue à l'unanimité. Les parties pouvaient révoquer l'arbitre tant que la sentence n'était pas rendue nonobstant toute clause contraire. Cependant, l'arbitre désigné et habilité par le juge nommé par le sultan, était considéré comme le représentant du juge et ne pouvait par conséquent être révoqué. Le code de commerce libanais (CCL) avait repris les dispositions du code de commerce français de 1807 consacrant l'arbitrage forcé en matière de sociétés (Art. 40s CCL). Par la suite, l'arbitrage devait être régi par l'ancien code de procédure civile mis en vigueur à partir du 12 octobre 1934. sorte de synthèse des dispositions législatives françaises en comptant avec l'état de la jurisprudence. Plus tard, le décret n° 90 du 16 septembre 1983 entré en vigueur à dater du 1^{er} juillet 1985 a procédé à une refonte complète de l'arbitrage en vertu des articles 762 et suivants du nouveau code de procédure civile. Un décret ultérieur n°20 du 23 mars 1985 devait effectuer également quelques légers amendements. Enfin, une importante loi n°440 du 29 juillet 2002 (JO n°43 du 1^{er} août 2002 p 5183) a abrogé voire complété certaines dispositions ; elle a consacré notamment, la validité de principe des conventions d'arbitrage signées par l'Etat s'agissant des litiges relatifs aux concessions accordées ou reconnues par l'Etat libanais (v. art. 77 NCPC lib.). Le droit libanais de l'arbitrage reste une manifestation et un reflet de la pensée juridique française. S'il s'en est quelque peu distingué en matière d'arbitrage interne par exemple, en admettant l'arbitrabilité des matières civiles, en revanche, il s'en est inspiré très fidèlement en matière d'arbitrage international.

V- ARBITRAGE AD HOC ET ARBITRAGE INSTITUTIONNEL

Les parties ont l'option entre un arbitrage ad hoc et un arbitrage institutionnel.

ARBITRAGE AD HOC

66 Volonté des parties. L'arbitrage est ad hoc quand il est totalement organisé par les parties elles-mêmes. Ici, les parties désignent les arbitres, prévoient les règles de fond, de forme, et de procédure applicables à leurs litiges, nés ou à naître, envisagent les problèmes et prescrivent leur traitement (V. P. LALIVE, Avantages et inconvénients de l'arbitrage ad hoc, Mélanges BELLET préc., p 301 ; M. HULARTT-JAMES and N. GOULD, International commercial arbitration, LLP, 1999, Appendice 6, 135).

INTRODUCTION

ARBITRAGE INSTITUTIONNEL

67 Clause d'arbitrage institutionnel. L'arbitrage est institutionnel lorsque les parties confient le traitement de leurs différends à venir à des institutions professionnelles. Cette clause est parfaitement valable conformément à l'article 768 alinéa 1 NCPC libanais (Cass. lib. civ. 5^e, 27 avril 2006, Al Adl 2006 p 1022). La référence contractuelle des parties à un règlement d'arbitrage vaut connaissance et acceptation par les parties de toutes les dispositions du Règlement, notamment, celles relatives à la procédure de l'arbitrage, aux modalités de saisine de l'arbitre, à la composition du tribunal arbitral et aux modalités de prorogation du délai (Cass. lib. civ. 5^e, 13 novembre 2007, Al Adl 2008/3 p 232; Cass. civ. 1^e 6 juillet 2005, JCP G 2005, IV-2961; Beyrouth 3^e ch. arrêt n°1713, 14 octobre 2004, Rev. lib. arb. 2004 n°32 p 20 ; Beyrouth 3^e ch. 13 mai 2004, Rev. lib. arb. 2004 n°31 p 20. Sur la validité de la désignation d'un arbitre unique au lieu d'un collège arbitral en conformité avec le Règlement d'arbitrage Aérosuisse : Beyrouth 3^e ch., arrêt n°464, 3 avril 2003, Rev. lib. arb. 2003 n°26 p 46). Les parties ont tout intérêt à être précis sur le choix du Centre d'arbitrage au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage sous peine d'être « *impraticable* ». A ce propos, jugé que la désignation dans la clause compromissoire de deux institutions d'arbitrage ne caractérise pas l'inapplicabilité manifeste de la clause (Cass. 1^e civ. 20 février 2007, Rev. arb. 2007 note F.-X TRAIN, JCP G 2007, I-168 obs J. BÉGUIN; V. O. CACHARD, Le contrôle de la nullité de l'inapplicabilité manifeste de la clause comp. Rev. arb. 2006 p 893; E. LOQUIN obs in RTD com 2006, p 764; Sur la régularité d'une clause compromissoire prévoyant le règlement des litiges sous l'égide de la « chambre de commerce française, Paris » après interprétation de la volonté des parties, v. Paris, 1^e ch. 28 octobre 1999, Rev. arb. 2002 p 175 obs. Th. CLAY).

68 Centres d'arbitrage. Ces organismes spécialisés procèdent sur proposition des parties à la désignation des arbitres, arrêtent les règlements applicables, assurent le secrétariat de l'arbitrage, perçoivent les frais, collectent les honoraires des arbitres, etc (V. J.-J. ARNALDEZ, Un centre international, la Chambre de commerce internationale, Rev. arb. 1990, p 249; V. Cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce internationale, chronique des sentences arbitrales, Journ. Dr. intern. 2006 p 1407). Ce type d'institution qui organise l'arbitrage n'est pas une juridiction et ne prend donc que des décisions de nature administrative et non pas de nature juridictionnelle (Cass. civ. 1^e, 20 février 2001, arrêt Cubic, préc.; même pour les décisions rendues en matière de récusation, Cass. civ. 2^e, 7 octobre 1987, Rev. arb. 1987, p 479 note E. MEZGER).

69 Contrat d'organisation d'arbitrage. Le contrat conclu avec un Centre d'arbitrage à l'effet d'organiser l'arbitrage est licite à condition qu'il distingue clairement entre la fonction d'organisation de l'arbitrage confiée au Centre et à son organe administratif et, la fonction juridictionnelle réservée aux arbitres sans ingérence de l'organe dans la mission juridictionnelle de ses derniers (Cass. civ. 1^e, 20 février 2001, Cubic, Gaz. Pal., 12-13 décembre 2001 p 29 obs. JL NIBOYET ; Rev. arb. 2001, p 511 note Th. CLAY; M. PHILIPPE, Les pouvoirs de l'arbitre et de la cour d'arbitrage de la CCI relatifs à leur compétence, Rev. arb. 2006 p 591). L'intervention d'un Centre d'arbitrage pour le règlement d'un litige a un fondement contractuel. En contrepartie de l'adhésion des parties au Règlement de l'institution, celui-ci s'engage à se conformer aux dispositions de ce Règlement et à accomplir, sans s'immiscer dans la fonction de juger dévolue aux arbitres, les actes de gestion de l'instance arbitrale qui y sont définis, la responsabilité de l'organisme étant engagée en cas de manquement dans l'exécution de son mandat (Trib. gr. Inst. Paris, 21 mai 1997, Rev. arb. 1997, p. 417 ; v. également, Cass. civ., 1^e, 20 février 2001, arrêt Cubic préc.).

VI- ARBITRAGE INTERNE ET ARBITRAGE INTERNATIONAL

70 Critères. L'article 809 NCPC libanais définit l'arbitrage international comme celui qui « *se rapporte aux intérêts du commerce international* » et l'article 1492 CPC français le caractérise comme celui « *qui met en cause les intérêts du commerce international* ». Il en résulte que le législateur fonde l'internationalité de l'arbitrage sur deux critères : d'une part, la nature commerciale de l'opération et d'autre part, la nature transfrontière de l'opération. S'agissant le premier critère, le libellé de l'article 809 opte pour une conception économique délaissant par là le lieu du procès arbitral, la loi ou la procédure en vigueur, et même la nationalité

INTRODUCTION

des parties (Beyrouth 3^e ch., 28 mai 2001, Rev. lib. arb. 2001 n°18 p37). S'agissant le deuxième critère, on s'accorde à voir dans la notion de commerce international, un "*mouvement de richesses par dessus les frontières*" (En ce sens, Beyrouth, 10^e ch., arrêt n°492, 21 mars 2001, Rev. lib. arb. 2001 n°20 p 27 ; Trib. pr. Inst. Beyrouth, 1^e ch., jgt n°42-75 4 octobre 2004, Rev. lib. arb. 2004 n°32 p 13), « *un flux et un reflux entre les frontières* » conformément à la jurisprudence MATHER du nom de l'avocat général qui a pris l'initiative d'en tracer les contenus (Concl. MATHER sous Cass. civ. 17 mai 1927 DP 1928, 1, 25; V. J. PELLWRIN, Monisme ou dualisme de l'arbitrage le point de vue français, Gaz. Pal. Rec. 2006 doct. p 3037, J n°290, 17 octobre 2006 p 5).

Plan. Faisant notre la summa divisio du droit de l'arbitrage retenue par le législateur libanais (V. Art. 762s et 809 NCPC lib.), nous traiterons, tour à tour, de l'arbitrage interne (Livre premier) et de l'arbitrage international (Livre deuxième).

LIVRE PREMIER

ARBITRAGE INTERNE

Plan. L'arbitrage consiste à doter une tierce personne du pouvoir de trancher le litige né ou à naître entre les particuliers en vertu d'une sentence arbitrale. Ce pouvoir est généré, en principe, par l'accord des volontés des parties, il vise le règlement d'un litige par le mécanisme du contentieux arbitral. L'arbitrage est donc une institution reposant sur une convention d'arbitrage (Première partie) obligeant les parties à régler leur différend par la voie du contentieux arbitral (Deuxième partie).

PREMIERE PARTIE : CONVENTION D'ARBITRAGE

Plan. Si la loi prévoit des hypothèses d'arbitrage obligatoire, il n'en demeure pas moins que l'instrument contractuel reste le pilier naturel et intrinsèque du traitement arbitral d'un litige. Dans cette perspective, le contrat met à la disposition de l'arbitrage interne deux outils : la clause compromissoire et le compromis d'arbitrage. La clause compromissoire est expressément consacrée par l'article 762 NCPC libanais, elle tend à résoudre des litiges à naître. Le compromis évoqué par l'article 765 NCPC libanais tend à trancher un litige né. Cela dit, la clause compromissoire et le compromis sont des contrats et, à ce titre, demeurent régis par des règles communes (Titre I). Mais leur nature contractuelle n'exclut pas leur spécificité respective qui les soumet à des règles particulières (Titre II).

TITRE I : REGLES COMMUNES A LA CLAUSE COMPROMISSOIRE ET AU COMPROMIS D'ARBITRAGE

La convention d'arbitrage - terminologie utilisée par le code de procédure civile - est un contrat. Par conséquent, elle suppose la réunion d'un certain nombre d'éléments nécessaires à sa validité. D'une manière générale, ces éléments concernent les matières (Chapitre 1) et les parties à l'arbitrage (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : MATERES

71 Critère de l'arbitrabilité des litiges. Conformément aux articles 762 et 765 NCPC libanais la convention d'arbitrage, fût-elle une clause compromissoire (L'article 2061 C. Civ. déclare nulle la clause compromissoire sous réserve d'exceptions qu'il énumère en matière commerciale, notamment) ou un compromis (L'article 2059 C. Civ. admet la validité du compromis), peut intervenir en matière commerciale ou civile à condition qu'elle tende à résoudre des litiges "*susceptibles de transaction*" pouvant résulter de la validité du contrat, son interprétation, ou de son exécution. Par conséquent, le droit libanais admet l'arbitrage en matière civile et commerciale mais, dans les deux cas, à condition que la matière soit susceptible de transaction. A ce propos, l'article 1037 COC trace le domaine de l'arbitrage ou encore de ce que l'on appelle l'arbitrabilité des litiges (L'arbitrabilité « exprime la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres », P. LEVEL, L'arbitrabilité, Rev. arb. 1992, p 213. Elle constitue « la faculté attachée à un litige d'être résolu par la voie de l'arbitrage » J.-B. RACINE, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, avant-propos de L. BOY, préf. Ph. FOUCHARD, Bibl. dr. privé T 309 LGDJ 1999 n°35 p 25 et les nombreuses réf. citées. L'arbitrabilité des litiges doit être distinguée de l'arbitrabilité subjective, qui est celle de la capacité et du pouvoir de contracter, v. P. ANCEL, JCL Proc. civ. Fasc. 1022 ; v. aussi O. CAPRASSE, Les sociétés et l'arbitrage préf. E. KENTCHEN, Bruylant – LGDJ 2002 spéc n°36, 318-319 ; D. COHEN, Arbitrage et sociétés LGDJ 1993 p36). Aux termes de l'article 1037 COC : « *On ne peut transiger sur une question d'état ou d'ordre public, ou sur les droits personnels qui ne sont pas dans le commerce ; mais on peut transiger sur un intérêt pécuniaire résultant d'une question d'état ou d'un délit* ». Ainsi, le texte ne définit pas la notion de litige insusceptible de transaction mais énumère un nombre de matières qui échappent à la transaction. Il en résulte d'une part, qu'il n'existe pas d'interdiction générale et d'autre part, qu'il faut procéder à une étude casuistique des principales matières susceptibles d'être concernées par la transaction et donc par l'arbitrage.

SECTION 1 : QUESTIONS D'ORDRE PUBLIC

72 Objet du litige. La convention d'arbitrage est un contrat. Pour qu'elle puisse valablement se former, un certain nombre d'éléments nécessaires à sa constitution doivent être réunis à peine de nullité (V. S. LAZAREFF, Arbitrage et ordre public : priorité à l'exécution des sentences, Gaz. Pal. Rec. 2006, doct. P 3035, j n°290, 17 octobre 2006 p 3). Plus particulièrement, si l'objet de la convention est contraire à une règle d'ordre public, elle sera nulle. A ce propos, la jurisprudence décide "*qu'il est nécessaire qu'on trouve dans ledit objet la cause principale directe et efficiente, de la violation de l'ordre public*" (Paris 2 novembre 1965 JCP G 1966, 2, 14625 note R. BOULBES; v. E. TYAN, n° 26, p 36). La notion d'ordre public est une notion floue et n'est pas immuable. La Cour de cassation libanaise définit l'ordre public comme étant l'ensemble « *des règles impératives liées aux intérêts supérieurs de la société* » (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°136, 31 octobre 2002, inédit).

73 Ordre Public, lois impératives et arbitrage. La question est de savoir si l'arbitre peut trancher la contestation concernant une question d'ordre public ou doit-il, au contraire, se déclarer incompétent ou surseoir à statuer ? Dire que l'objet du litige relève de l'ordre public est une chose, dire que l'arbitre ne peut connaître du litige en est une autre. A ce propos, une jurisprudence désormais logique, décide que l'arbitre apprécie sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui en relèvent ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle sous le contrôle du juge de l'annulation (Paris 1^e ch., 19 mai 1993, Labinal, Rev. arb. 1993, p 645 note Ch. JARROSSON ; RTDcom 1993, 494 obs. J.-Cl DUBARRY v. aussi Paris 16 juin, arrêt Faton, Rev. arb. 1999, p 333 note L. IDOT, Paris 12 septembre 2002, Rev. arb. 2003, p 173s note M.E. BOURSIER). L'arbitrabilité n'étant pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au litige (Paris 20 mars 2008, Rev. arb. 2008, somm. p 341. Adde : Cass. Civ. 28 novembre 1950 p 1951 p 170; RTD. Civ. 1951 p 106 obs. P. HEBRAUD et P. RAYNARD; RTD com 1951 p 275 obs. BOIFARD; v. Paris 20 janvier 1989, 2^e esp., Rev. arb. 1989 p 380 note L. IDOT). Ce qui a été dit sur les règles d'ordre public s'applique également s'agissant des lois impératives (Cass. civ. 15 mars 1989, Rev. arb. 1990 p 115 note L. IDOT ; Trib., pr. Inst. Mont-Liban. jgt n°25, 25 juin 2001, Rev. lib. arb. 2001, n°20 p 34).

MATIERES

74 Autonomie de la clause compromissoire. La Haute Cour consacrant le principe de l'autonomie de la clause compromissoire a délié le sort de la clause compromissoire de celui du contrat qui la contient : la nullité du contrat n'emporte pas nullité de la clause tant en matière d'arbitrage international (Cass. civ. 1^e, 7 mai 1963, arrêt Gosset, D 1963, p 545 note J. ROBERT ; Rev. crit DIP 1963, p 615 note H. MOTULSKY ; JCP G 1963, II-13405 note B. GOLDMAN) qu'en matière d'arbitrage interne (Cass. civ. 2^e, 4 avril 2002, JCP G 2002, II-10154 note S. REIFEGERSTE ; JCP E 2002, I-1555, note O. GOUT JCP G 2003, I, 105, n°2, obs. C. SERAGLINI ; Paris 8 octobre 1998, arrêt Sam, Rev. arb. 1999, p 350 note P. ANCEL et O GOUT). Egalement, l'inexistence du contrat n'emporte pas inexistence de la clause (Cass. civ. 1^e ch. 25 octobre 2005, Rev. arb. 2006 p 103 note J.B. RACINE).

75 Office de l'arbitre. La question est de savoir si l'arbitre peut sanctionner l'illicite en l'absence d'une demande en nullité formulée par les parties ? Si la doctrine est quelque peu divisée sur cette question (V. L. WEILLER, La liberté procédurale du contractant, spéc. p. 311 n°334), la jurisprudence en matière d'arbitrage interne de la Cour de cassation favorise l'admission d'une telle hypothèse. En effet, jugé "*qu'il appartient à l'arbitre, hors les cas où la non arbitrabilité relève de la matière, de mettre en œuvre les règles impératives du droit, sous le contrôle du juge de l'annulation*" (Cass. civ. 9 avril 2002, RTD civ n°69 ; JCP G 2002, II-10154 note S. SEIFEGERSTE ; JCP E 2002, I, 1555, note O. GOUT, D. 2003 som. com. p 2470 obs Th. CLAY. Sur l'application d'office des lois de Police en matière internationale, v. Paris 1^e ch, 14 juin 2001, Rev. arb. 2001, p 773s note Ch. SERAGLINI).

SECTION 2 : ETAT DES PERSONNES

76 Principe. L'article 1037 COC interdit la transaction sur des questions qui intéressent "*l'état des personnes*". Le mariage est l'exemple type des questions d'état sur lesquelles il est interdit de transiger. Egalement, la convention d'arbitrage est prohibée s'agissant des questions de nationalité, de filiation, de parenté, et de séparation de corps (Paris 24 avril 1813 D. Rép. V° Arbitrage, arbitre n° 312). Les interdictions de l'article 1037 COC revêtent un caractère exceptionnel et doivent s'interpréter restrictivement. En revanche, aux termes de l'article 1037 COC : "*On peut transiger sur un intérêt pécuniaire résultant d'une question d'état*". Par conséquent, les parties peuvent soumettre les litiges d'ordre pécuniaire à la compétence des arbitres.

SECTION 3 : DROITS PERSONNELS HORS DU COMMERCE

77 Indisponibilité. La convention d'arbitrage est un contrat. Par conséquent, elle est soumise à la règle générale de l'article 192 alinéa 2 COC selon laquelle : "*Les choses qui ne sont pas dans le commerce ne peuvent donner lieu à obligation*". Il en résulte que tous les droits extrapatrimoniaux, indisponibles, ne peuvent valablement faire l'objet d'un arbitrage. Ainsi, ne peuvent être soumis à l'arbitrage les droits de la personnalité, au respect de l'intégrité de la personne, les droits s'attachant aux libertés individuelles, etc. (V. P. ANCEL, L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique des droits de la personnalité, thèse Dijon 1978) tels que le droit au nom (excepté le nom commercial).

78 Dommages-intérêts. Rien n'interdit de porter devant les arbitres les dommages-intérêts résultant d'une atteinte au droit extrapatrimonial sauf *si, dans le litige soumis aux arbitres, le principe même de ce droit ou son étendue était en cause*" (P. ANCEL, JCL Proc. civ. Arbitrage, v° Convention d'arbitrage, conditions de fond, litiges arbitrables, Fasc. 1024 n°59).

SECTION 4 : DROIT AUX ALIMENTS

79 Notion d'aliments. Aux termes de l'article 1039 COC : "*on ne peut transiger sur le droit aux aliments. On peut transiger sur le mode de prestation des aliments, ou sur le mode de paiement des arrérages déjà échus*". Le terme "*aliments*" ne doit pas être interprété littéralement comme ne désignant que la nourriture mais, en un sens large désignant,

MATIERES

encore, vêtements et logement. C'est le terme de pension alimentaire qui aurait dû être employé, car il correspond, dans la terminologie juridique arabe ainsi que dans les textes qui règlent la matière très exactement aux expressions « *aliments, pension alimentaire* » (E. TYAN, op. cit. n° 21, 28). Par application de ce texte, on ne pourra pas compromettre sur une convention par laquelle un père et une mère se sont obligés à nourrir de futurs époux. En revanche, on pourra compromettre sur les modes de prestations des aliments (nature, espèce, hebdomadaire, mensuel, etc), ou du mode de paiement des arrérages déjà échus (date d'exigibilité), excepté le droit en soi des arrérages échus.

SECTION 5 : DROITS HEREDITAIRES DEJA ACQUIS

80 Successions futures. Aux termes d'une règle générale posée par l'article 188 alinéa 2 COC : "*Les parties peuvent contracter sur une chose future mais non sur une succession non encore ouverte*". Il en résulte que les choses futures peuvent faire l'objet d'une transaction comme d'une obligation en général exceptées les successions futures (Cass. 10 novembre 1830, S 1830, 1, 36). Pour ces dernières, le législateur prévoit une dérogation si "*les parties connaissent la quotité de la succession*" c'est-à-dire si elles connaissent l'objet de l'obligation, élément constitutif du contrat (Art. 203 COC). Il faut tout de même souligner que l'arbitrabilité n'est possible que s'agissant la "*portion légitime (de la succession) établie par la loi*". Ce domaine, doit être étendu au cas où la transaction concerne la portion qui serait fixée par un testament ou même une donation entre vifs (Sur la validité d'une clause compromissoire relative à un litige naissant de la donation entre époux, v. Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°120, 13 juillet 2004, Rev. lib. arb. 2004 n°32 p 10. Sur la possibilité pour l'arbitre après avoir constaté l'adultère de l'épouse de la condamner à restituer le bien préalablement donné, Beyrouth 3^e ch., arrêt n°1399, 9 octobre 2003, Rev. lib. arb. 2004 n°28 p 61), ou à cause de mort (E. TYAN, op. cit., n° 23, 23). Il en résulte que les litiges relatifs à la détermination, aussi bien de parts acquises ab intestat que de parts acquises par testament ou donation à cause de mort pourront, en principe, être soumis aux arbitres.

SECTION 6 : MATIERES SOUMISES AU MINISTERE PUBLIC PAR DES DISPOSITIONS SPECIALES

81 Ministère public et arbitre. L'arbitrage sera interdit s'agissant des matières que la loi a soumises obligatoirement au contrôle du ministère public du fait que celui-ci ne siège pas devant l'arbitre, personne privée. L'article 8 NCPC libanais par renvoi de l'article 475 du même code limite l'intervention du ministère public à l'hypothèse où la loi prévoit expressément une telle intervention et à chaque fois que des faits ou actes portent atteinte à l'ordre public.

SECTION 7 : DROIT ADMINISTRATIF

PARAGRAPHE 1 - CONTRATS ADMINISTRATIFS

82 Prohibition de l'arbitrage. Les contrats administratifs internes s'identifient normalement aux actes du pouvoir exécutif dans l'exercice d'attributions constitutionnelles pour administrer la nation et assurer l'exécution de ses lois. Cela explique que l'on ne puisse pas mettre l'Etat sur un même pied d'égalité avec le citoyen, devant l'arbitre, personne privée (V. concl. ROMIEU sur Cons d'Etat 17 mars 1893, S 1894, 3, 119; sur les nouvelles propositions relatives aux conditions dans lesquelles les personnes publiques pourraient recourir à l'arbitrage, rapp. D. LABETOULLE, JCP E et A 2007, 2082; Ibid, act 212; J. - L. DELVOLVÉ, Une véritable révolution .. inaboutie; Remarques sur le projet de l'arbitrage en matière administrative, Rev. arb. 2007 p 373). A ce propos, l'article 2060 du code civil énonce : "*On ne peut compromettre ... sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics, plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre*". De ce texte, on déduit, que les collectivités publiques territoriales (départements, communes) et l'Etat lui-même, ne peuvent conclure une convention d'arbitrage. Le Conseil d'Etat français a fait une

MATIERES

stricte application de l'interdiction de compromettre des personnes publiques françaises (V. Y. GAUDEMET, L'arbitrage : aspects de droit public, état de la question, Rev. arb. 1992 p 241s ; D. FOUSSARD, L'arbitrage en droit administratif, Rev. arb. 1990 p 8s). Cette position a été rappelée à l'occasion de la conclusion d'un contrat entre l'Etat français, la Région d'Ile-de-France, et certaines collectivités d'une part, avec la société Walt Disney Production, aux fins de créer sur le territoire français le parc d'attraction « Eurodisneyland ». Le Conseil d'Etat, dans un avis du 6 mars 1986 dit *Eurodisneyland* (CE Ass Avis 6, mars 1986 EDCE 1987 n°38 p 178 ; Grands avis du Conseil d'Etat, Dalloz 2^e éd. 2002 n°15 obs. D. LABETOUILLE) a rappelé les principes des articles 2060 et 2061 (ancien) du Code civil. Il a estimé que la convention envisagée relevait de l'ordre juridique interne français, et n'entraînait dans le champ d'application d'aucune disposition législative autorisant exceptionnellement le recours à la clause compromissoire (v. aussi CE 3 mars 1989, Société des autorités de la Région Rhône-Alpes, Rev. arb. 1989, p. 215 note D. FOUSSARD ; Rev. fr. dr. adm. 1989, p 619 note B. PACTEAU. Il s'agit là d'une prohibition *ratione personae* comme l'a rappelé le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel français dans deux décisions du 29 octobre 2004 et 2 décembre 2004, CE 29 octobre 2004, M. Sueur et autres Rev. fr. dr. adm. 2004 concl. D. CASAS p 1103 et 1114 ; Dr. adm. 2005/5/ p 24 obs. A. ENEMENIS ; Cons constit, Rev. fr. dr. adm. 2004, p 1120 ; Contrats et marchés publics 2005 n°4 obs. G. CKERT ; Rev. arb. 2005 p 134s [Extraits], note D. FOUSSARD).

Dans le même sens, l'ancien article 77 NCPC libanais figurant dans la partie relative à la « *compétence internationale des juridictions libanaises* » énonçait que : « *L'action relative à la validité ou à l'inexécution d'une concession accordée ou reconnue par l'Etat libanais est impérativement portée devant les tribunaux libanais* ». Pour appliquer ce texte, la jurisprudence distinguait entre contrat administratif soumis à la compétence des tribunaux administratifs et contrat de droit privé soumis à la compétence des tribunaux de droit commun. La loi libanaise n°440 du 29 juillet 2002 a légèrement changé la donne en matière d'arbitrage interne : l'article 77 NCPC s'est vu dépouillé de la compétence impérative et celle-ci ne joue plus que sous réserve des dispositions des articles 809 relatif à l'arbitrage international [« *l'Etat et les personnes de droit public peuvent recourir à l'arbitrage, quelle que soit la nature du contrat objet du litige* »] et 762 alinéa 3 NCPC [« *La clause compromissoire ou la convention d'arbitrage insérée dans ce type de contrats doit, pour être efficace, être ratifiée par un décret pris en conseil des ministres, sur proposition du ministre compétent quand il s'agit de l'Etat ou sur celle de l'autorité de tutelle en ce qui concerne les autres personnes morales de droit public* »]. Par application de ce texte, seules les clauses compromissoires contenues dans les contrats administratifs ou les conventions d'arbitrage relatives à ce type de contrats sont concernées par la ratification accordée par décret pris en Conseil des ministres à l'exclusion de celles figurant dans les autres contrats conclus par l'Etat et les personnes morales de droit public ou se rapportant à ces derniers (V. A. GHOUSOUB, Commentaire de la réforme du nouveau code de procédure civile libanais et le régime de l'arbitrage, Rev. lib. arb. n°24 p 14 s). En outre, ce décret ne doit pas nécessairement être antérieur à la conclusion du contrat ou de la convention d'arbitrage. Donc, a contrario, la ratification ne sera pas nécessaire pour les autres contrats conclus par l'Etat mais ne répondant pas aux critères du contrat administratif (M. SFEIR-SLIM, Le timide sursaut du législateur libanais, Rev. arb 2002, p 639 spéc p 647). Néanmoins, soulignons que la subordination de l'efficacité de la convention d'arbitrage international à la ratification par le Conseil des ministres est critiquable (Le décret ministériel après constatation du contrat contenant la clause compromissoire prononce une "décision d'efficacité de la clause"). En effet, cette convention est considérée comme un contrat d'Etat qui fait soustraire les conflits futurs à la compétence des tribunaux de l'Etat (V. infra n°84).

83 Litige international. Depuis la promulgation du nouveau Code de procédure civile libanais, l'article 809 alinéa 2 disposait que : « *L'Etat ainsi que les personnes morales de droit public, peuvent recourir à l'arbitrage international* ». La disposition de l'article 809 alinéa 2 conçue en terme absolu, ne fait pas de distinction selon que l'Etat a conclu un contrat administratif ou un contrat de droit privé lorsqu'il s'agit d'arbitrage international. Mais, appelé à statuer sur la validité de clauses compromissoires insérées dans des contrats conclus en la forme BOT (Built, operate, transfer) avec des opérateurs de téléphonie mobile, le Conseil d'Etat libanais a annulé ces clauses en considérant, entre autres arguments, que si les personnes morales de droit public pouvaient recourir à l'arbitrage international, c'était uniquement en matière de droit privé et non en matière administrative (CE lib, 17 juillet 2001 [2

MATIERES

arrêts], Rev. arb, 2001, p 855 note M. SFEIR – SLIM et H. SLIM ; Rev. lib. arb, 2001 n°19 p 5 notes G. MAHMASSANI, A. BAROUD et A.-H. EL-AHDAB ; Rev. lib. arb 2003 n°27 p 12 s note H. SLIM). Ce faisant, le Conseil d'Etat libanais a recouru à sa propre législation interne pour refuser de donner effet à la clause d'arbitrage insérée dans un contrat d'Etat (Rapp. Pdt. Cons. d'Etat 15 avril 2003, Rev. lib. arb. 2006 n°38 p 21). Cette position va à l'encontre de la jurisprudence arbitrale internationale qui admet de manière constante : « *Qu'un Etat ne peut se prévaloir des dispositions restrictives de son propre droit pour échapper à l'application d'une convention d'arbitrage librement consentie* » (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996 p 341 n°550s). D'ailleurs, la jurisprudence française a posé en la matière dans l'arrêt Galakis (Cass. civ. 1^e, 2 mai 1966 JCP 1966, II-14798 note LIGNEAU ; JDI 1966, p 648 note P. LEVEL ; D 1966, p 575 note J. ROBERT) une règle selon laquelle les restrictions du droit interne à l'arbitrabilité des litiges concernant l'Etat et les personnes morales de droit public ne sont pas applicables en matière internationale (V. G. de la PRADELLE, "Banalisation" de la partie publique dans l'arbitrage international impliquant un Etat, Gaz. Pal. Rec 2005 doct. p 977, J n°118). Plus particulièrement, la Haute Cour française a estimé que l'interdiction faite à l'Etat et aux établissements publics de compromettre ne soulevait pas un problème de capacité, au sens de l'article 3, alinéa 3 du code civil, et qu'en conséquence, la personne morale de droit public ne peut invoquer la loi personnelle des parties pour solliciter l'application des dispositions de la loi française prohibant l'arbitrage en présence d'une entité de droit public. La Cour de Cassation s'est fondée sur la spécificité du commerce international pour admettre la validité de l'arbitrage en matière internationale, solution entérinée par les tribunaux (Paris 24 février 1994, Rev. arb. 1997, p 275 note Y. GAUDEMET ; Paris 13 juin 1996, Rev. arb. 1997, p 251 note E. GAILLARD). Au-delà, la Haute Cour a affirmé en 1991, que l'exception au principe d'interdiction en matière internationale ne concerne pas que les entités de droit public françaises mais s'étend également aux personnes morales de droit public étrangères lorsque l'ordre juridique français est concerné (Paris 17 décembre 1991, Gatoil, Rev. arb. 1993, p 281 note H. SYNVEY). Cette position ne peut qu'être favorablement accueillie. Elle est en parfaite harmonie avec la jurisprudence qui a estimé que l'acceptation d'une convention d'arbitrage vaut présomption de renonciation de l'Etat à se prévaloir de ses privilèges exorbitants d'immunité de juridiction, voire d'exécution (Cass civ 1^e, 6 juillet 2000, Rev. arb. 2001, p 114). De même, elle tient compte du fait que les entreprises publiques ou semi-publiques ont de plus en plus de liens privilégiés avec le droit privé.

PARAGRAPHE 2 - CONTRATS D'ETAT

84 Notion. Le contrat d'Etat, notion inventée par la doctrine qu'elle a puisée elle-même de la pratique n'est pas un contrat administratif (J.-M. JACQUET, Contrats d'Etat, JCL Droit international 1998, p565-560; Ch. LEBEN, Retour sur la notion de contrat d'Etat et sur le droit applicable à celui-ci, in Mélanges H. THIERRY, Pedone 1998, p247-280; Ph. BOULANGER, Les contrats entre Etats et entreprises étrangères, *Economica*, 1985). Dans une analyse juridique pénétrante P. MAYER (La neutralisation du pouvoir normatif des Etats, JDI 1986 p 578) dégage les éléments de cette notion. Il part d'une analyse théorique qui distingue l'Etat personne du droit international (l'Etat au sens du droit international) et l'Etat personne de droit interne (l'Etat au sens du droit interne). Celui-ci est ce qu'on appelle l'Administration qui conclut le contrat administratif alors que celui-là est l'Etat sujet du droit international. Il caractérise alors le contrat d'Etat dans un sens restreint du terme par deux traits : 1- il s'agit d'un contrat conclu entre l'Etat souverain, c'est-à-dire, l'Etat sujet de droit international et une entreprise étrangère, 2- il s'agit d'un contrat conclu en dehors de l'ordre juridique de l'Etat contractant. En revanche, les contrats conclus au sein de l'ordre juridique étatique sont conclus avec l'Etat au sens du droit interne ou Administration, et sont régis par le droit de l'Etat par exemple, le droit administratif là où il existe. On arrive donc à une notion de contrat d'Etat, dans un sens restreint de l'expression, comme contrat conclu par une personne privée (entreprise) avec un Etat en tant que sujet de droit international (l'Etat en tant que personne du droit international). Ceci permet de distinguer les contrats d'Etat des contrats internes de droit privé conclus par l'Etat agissant *jure gestionis* (Ch. LEBEN, art préc p 635 ; v. également, M KANTO, La notion de contrat d'Etat : une contribution au débat, Rev. arb. 2003 p 719s).

85 Arbitrage « *without privity* ». La quasi-majorité des traités bilatéraux ou multilatéraux (CIRDI, ALENA, Traité sur la charte de l'énergie) et les lois internes relatives à l'investissement, comportent toujours l'obligation pour les Etats signataires de résoudre par arbitrage les différends qui les opposent aux personnes privées et ce, nonobstant la présence dans les contrats d'Etat de clauses organisant différemment le règlement des litiges (Sur la question, voir A. GIARDINA, Clauses de stabilisation et clauses d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire ? Rev. arb. 2003 p 647s). Cette pratique dite arbitrage "*without privity*" est fondée sur une offre étatique d'arbitrage contenue dans un Traité bilatéral ou multilatéral ou dans une loi interne, et de l'autre côté, sur une demande d'arbitrage par la partie privée étrangère. Ces Traités permettent aux investisseurs privés de choisir l'une des formes d'arbitrage prévues dans les textes, en dépit de tout engagement contraire souscrit précédemment avec l'Etat. Selon la structure de l'arbitrage "*without privity*", la condition de l'acceptation par l'Etat de cette forme additionnelle d'arbitrage est considérée comme réalisée par la conclusion du Traité international (V. A. GIARDINA, art. préc., spéc. p 663). Or, pour revenir aux arrêts susmentionnés rendus par le Conseil d'Etat libanais le 17 juillet 2001, celui-ci a considéré de manière paradoxale que, quand bien même la clause compromissoire insérée dans le contrat était nulle, en raison du caractère administratif de ce dernier, l'investisseur, en l'espèce l'opérateur de téléphonie mobile, pouvait néanmoins recourir à l'arbitrage du CIRDI sur la base des stipulations de la convention franco-libanaise relative à l'encouragement des investissements. Cette possibilité de recourir à l'arbitrage du CIRDI ne doit pas étonner puisque la jurisprudence arbitrale internationale admet que même en l'absence d'une convention d'arbitrage entre un Etat et un investisseur étranger, il est admis que ce dernier peut, à l'occasion d'un litige résultant d'un contrat d'Etat à l'échelle internationale, et sous certaines conditions, avoir un accès direct à l'arbitrage du CIRDI (V. Sentence arbitrale, 27 novembre 1985 et 14 avril 1988, Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd c/République arabe d'Egypte, JDI, 1994 p218, obs. E. GUILLARD; Sentence arbitrale, 27 juin 1990, Asian Agricultural Product Ltd c/République du Sri Lanka, ILM, 1991 577; JDI, 1992 216 obs. E. GAILLARD ; Sentence arbitrale, 23 juillet 2001, Salini Costruttori SpA et Italstrade SpA c/ Royaume du Maroc, JDI, 2002, p.196, obs. E. GAILLARD citées par H. SLIM, Les contrats d'Etat et les spécificités des systèmes juridiques dualistes, Rev. arb. 2003 p 691s).

PARAGRAPHE 3 - CONTRATS DE PARTENARIAT

86 Une ordonnance française n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat (JO 19 juin 2004 p 10994) elle même ratifiée par l'article 78 de la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 dont l'article 11 inclut dans le code général des collectivités territoriales un article L 1414-12 dispose : « *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives (..) aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage avec application de la loi française* ». Il en résulte que l'ordonnance, à propos du contrat de partenariat, a aboli l'interdiction de compromettre et posé une exception au principe. Aussitôt promulguée, l'ordonnance du 17 juin 2004 fut l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat où était contestée la légalité de l'exception motif pris de ce que l'ordonnance du gouvernement ne peut énoncer des règles qui relèvent de la loi que pour autant et dans la seule mesure où il y a été autorisé par le législateur. Cependant, le Conseil d'Etat rejette le recours au motif que : " *les auteurs de l'ordonnance attaquée ont pu, sans méconnaître la portée de cette habilitation et sans qu'y fasse obstacle aucune règle ou aucun principe de valeur constitutionnelle, déroger, par les dispositions précitées, au principe général du droit en vertu duquel les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne ...* ". La loi du 9 décembre 2004 fut également l'objet d'un recours devant le Conseil Constitutionnel motif pris de ce que l'arbitrage était contraire à la règle du « *bon usage* » des deniers publics. Cependant, là aussi, le Conseil Constitutionnel a rejeté le recours estimant que le procédure de l'arbitrage n'était pas incompatible avec ladite règle.

SECTION 8 : LITIGES DE PROPRIETE INDUSTRIELLE

87 Ancien régime. La question de l'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle (V. A. CHAVANNE, Arbitrage et transferts de brevets, savoir-faire, marques de fabrique, Rev. arb. 1977, p 95, Arbitrage et propriété intellectuelle, Litec, 1994 ; A. FRANCON, Arbitrage en matière de brevets Rev. arb. 1975, p 143 ; B. OPPETIT, Arbitrage en matière de brevets d'inventions, Rev. arb. 1979, p 83 ; V. F. NAMMOUR, Les litiges de propriété industrielle à l'épreuve du droit libanais de l'arbitrage interne, in Mélanges M. CABRILLAC, Dalloz-Litec, 1999 p 237s) est régie par les dispositions de la loi n°240 du 7 août 2000 *relative aux brevets d'inventions* (JO n°35, 14 août 2000 pp 3183s). Sous réserve des hypothèses d'intervention du ministère public (V. art. 3 et 4 de la loi), l'article 39 (b) de la loi énonce : « *Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage s'agissant des matières susceptibles de transaction* ». A l'exception du critère d'arbitrabilité, ce texte rejoint les articles L 615-17 alinéa 3 et L 716-4 du code de la propriété intellectuelle français aux termes desquels : « *Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle au recours de l'arbitrage dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du code civil* » (V. Paris 19 janvier 1981, JCP G 1982, II, 19743 note M. VIVANT). Cela dit, la loi n°240/2000 consacre le principe et la validité de l'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle susceptibles de transaction. Le critère de la loi n°240/2000 rejoint donc celui des articles 762 et 765 NCPC libanais relatif à la validité de la clause compromissoire et du compromis d'arbitrage. L'article 1037 COC définissant le litige susceptible de transaction comme celui qui n'est pas en relation avec l'ordre public, la question est de savoir si le litige de propriété industrielle met l'ordre public en jeu et si, par conséquent, il serait inarbitrable ?

88 Brevet d'invention et ordre public. Le brevet d'invention est un titre de propriété industrielle délivré par l'autorité étatique et constitue, à ce titre, une question d'ordre public. En outre, le titre délivré par l'Etat confère à son titulaire, personne privée, un monopole exclusif d'exploitation d'une invention c'est-à-dire, que le brevet d'invention, propriété intellectuelle, constitue un monopole, ce qui s'oppose à la nature de l'ordre économique, libéral, garantissant l'initiative individuelle proclamée dans le préambule de la Constitution libanaise et qui, en France, va à l'encontre du principe constitutionnel de la liberté du commerce et de l'industrie. Néanmoins, l'argument tiré de l'organisation du système de délivrance des titres n'est pas convaincant. En effet, la délivrance du brevet d'invention est sans relation et donc, sans incidence, sur la validité même du brevet. Celle-ci est une mesure administrative liée aux exigences administratives préalables à l'obtention du titre de propriété industrielle mais ne concerne nullement l'essence du brevet (J-L GROUTAL, Arbitrage et propriété incorporelle Gaz. Pal. 1997 Doct p 28 ; M VIVANT, art préc.). Egalement, l'existence d'un lien entre le droit litigieux et l'ordre public n'exclut pas la compétence de l'arbitre. En effet, la question de l'arbitrabilité du litige doit être dissociée de celle de la compétence de l'arbitre. L'arbitre doit rester compétent à charge pour lui d'appliquer les règles impératives procédant de l'ordre public. S'il constate une atteinte, il prononcera les sanctions civiles, nullité ou dommages-intérêts, à l'exception des sanctions qui relèvent du pouvoir exclusif soit du ministère compétent soit des tribunaux. Le principe de la compétence-compétence favorise une telle solution.

89 Validité du brevet. La nullité et la déchéance du brevet concernent des contestations relatives à la validité du droit et, à ce titre, sont exclues de l'arbitrage. De même, on y a assimilé les questions mettant en cause la "technique" du brevet (Trib. gr. Inst. Nice 22 Juillet 1977, PIBD 1978, 208. III, 45; à rapp. avec Trib. gr. Inst. Lyon Ord. Réf. 8 Juillet 1993, Ann. Propr. Ind. 1995, p 86). L'exclusion de l'arbitrabilité des questions relatives à la nullité et à la validité du brevet d'invention se justifie traditionnellement par le fait que ces questions touchent directement soit à la source du droit exclusif, soit à la délivrance du titre de propriété industrielle par la puissance publique ; ces questions étant considérées d'ordre public (Paris 1^e ch., 24 mars 1994, Deko c/ Merva, Rev. arb. 1994, p 515 note Ch. JARROSSON ; D 1996, somm. 21 obs J.-M. MOUSSERON et J. SCHMIDT; JCP E 1994, pano 955; PIB D 1994 n°574, III-473; Rev. Comm. com. elect. 2001 n°12 p 27 note Ch. LESTANC). En réalité, si ces litiges ne sont pas arbitrables ce n'est pas parce qu'ils touchent l'ordre public - la jurisprudence admet la compétence ainsi que le pouvoir de sanction de

l'arbitre si le droit litigieux touche l'ordre public – mais, c'est parce que les décisions accordant ou annulant le titre de brevet d'invention rendues par l'Administration ont un effet *erga omnes* alors que la sentence rendue par l'arbitre n'a d'effet qu'inter partes, ce qui justifie d'ailleurs l'intervention obligatoire du ministère public (A. CHAVANNE et J.-J. BURST, Droit de la propriété industrielle, précis Dalloz 1998 n° 362, 223/224. M. VIVANT, JCL Brevets, Fasc. 140 n° 7; M. de BOISSESON op. cit. n° 494, 397; J.-M. MOUSSERON, Rep. Comm. Dalloz, v. Brevet d'invention, n°17). Néanmoins, un auteur (J.-L. GOUTAL, art. préc., spéc. p 30) contourne le problème de l'effet erga omnes proposant une solution qui consiste à dire que la sentence arbitrale rendue en matière de nullité n'aura d'effets qu'entre les parties à l'arbitrage (En ce sens : P. VERON, Intervention orale au colloque de l'IRPI, précité; Ph. FOUCHARD, rapport du synthèse au même colloque p 143). L'auteur rapporte que cette solution « d'effet relatif » de la sentence sur l'arbitrabilité a été retenue dans une sentence CCI rendue en Suisse, en application du droit allemand qui a décidé que le brevet était nul, mais que cette décision n'aurait effet qu'inter partes (Sentence CCI n°6097 du 1989, Bull. cour international d'arbitrage, CCI octobre 1993 p 80). De même, un auteur (J. ROBERT, op.cit., n° 44, p 38) cherche à minimiser la portée de cette exclusion : il considère que ce qui serait interdit à l'arbitre serait de prononcer la nullité du brevet mais non pas de se prononcer, à titre principal ou incident, sur la demande en nullité du brevet aux fins de vérifier sa compétence, et ce conformément à l'article 1466 du nouveau code de procédure civile français. Si l'arbitre constatait la validité du brevet, il pourrait statuer sur le fond, au contraire, s'il vérifiait la nullité, il ne pourrait la prononcer et devrait se déclarer incompétent (v. P. ANCEL art. préc. n° 61 et 106). Néanmoins, cette opinion ne fait pas l'unanimité. Certains considèrent qu'elle ne devrait pas prévaloir dans la mesure où tout le contentieux de l'arbitrage, en bloc, est exclu de l'arbitrage, l'arbitre n'ayant pas dès le départ, compétence pour juger de la validité ou de la nullité du brevet (v. P. VERON, Arbitrage et propriété intellectuelle, Doss. Brev., 1994, 1). Cela dit, la cour d'appel de Paris décide lorsqu'en cours d'une procédure arbitrale, un litige touchant à la validité d'un brevet est débattu de manière incidente à l'occasion d'un litige de nature contractuelle, ce litige pourra être soumis à l'arbitre parce que *"l'invalidité éventuellement constatée n'a, pas plus que s'il s'agissait de la décision d'un juge, d'autorité de chose jugée, car elle ne figure notamment pas au dispositif et n'a d'effet qu'à l'égard des parties, les tiers pouvant toujours demander la nullité du brevet pour les mêmes causes"* (Paris 28 février 2008, Rev. arb. 2008 p 167, JCP G 2008 1-164 obs. J. ORTSCHIEDT; Rev. arb. 2008 p 71 note T. AZZI).

90 Licence imposée. Les litiges portant sur les licences imposées échappent à l'arbitrage. Ainsi, en est-il, des licences obligatoires nécessitées par les besoins de la défense nationale. En effet, l'article 18 du décret-loi libanais n° 137 du 12 juin 1959 permet au gouvernement libanais, durant la guerre, ou en cas de guerre imminente, *"de suspendre, pour une période déterminée, la délivrance des titres de brevets d'invention en rapport avec la défense nationale et qui peuvent être utilisés pour les besoins de l'armée et de la défense et dont la création, l'usage, ou l'exploitation, peut constituer un danger à la sûreté de l'Etat"*. En outre, l'article 22 du décret reconnaît expressément à l'Etat le droit d'exploiter l'invention pour son propre compte. Cette procédure d'octroi de licence (d'exploitation de l'invention) est commandée par l'intérêt public ; elle est réglée par la loi d'une manière excluant l'intervention d'un juge privé, en l'occurrence, l'arbitre. Le décret-loi exige, en effet, tantôt l'intervention du gouvernement (Art. 18), tantôt une approbation ministérielle, tantôt l'intervention du ministère de la défense nationale (Art 19). Aussi, en l'absence de jurisprudence, la doctrine se prononce contre l'inarbitrabilité de ces litiges (M. de BOISSESON op. cit. n° 499, p 400; P. ANCEL art. préc. n° 62 et les réf. citées).

91 Propriété du brevet. Le contentieux touchant à la propriété du brevet nécessite certaines précisions: la loi libanaise sur les brevets n'exclut de l'arbitrage que les litiges touchant à la nullité du brevet. On peut alors en déduire que le contentieux relatif à la propriété du brevet, lequel ne touche pas à la validité du brevet, est arbitral (v. J.-M. MOUSSERON, Traité des brevets, Libr. tech. 1984 n° 99, p 111; M. VIVANT, Recherche litige non arbitral laborieusement, Rev. Lamy de Droit des affaires 2004 n°72 (juin) p 5s; CHAVANNE, J-J BURST, op. cit. n° 498, 399). Plus particulièrement, l'arbitrage sera admis pour les litiges entre co-propriétaires : action en

MATIERES

responsabilité d'un copropriétaire contre un autre, répartition entre copropriétaires des produits de l'exploitation, exercice du droit de préemption (V. J.-L. GOUTAL, Arbitrage et propriété incorporelle, p 30).

92 Inventions. Les litiges relatifs aux inventions de salarié ne sont pas arbitrables au motif qu'ils relèvent du droit du travail (V. infra n°156s) et donc constituent une matière indisponible (P. ANCEL art. préc. n°64; M. de BOISSESON op. cit n° 498, 399; A. CHAVANNE, J.J BRUST, op. cit n° 362, 224). Certains auteurs (G. BONNET et Ch. JARROSON, L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle in, Arbitrage et propriété intellectuelle, Publ. de l'IRPI, op. cit. 61, spéc. 67) considèrent, que s'il advenait qu'un accord amiable intervienne entre l'employeur et le salarié, pour l'exploitation des inventions hors mission attribuables notamment, cet accord devrait pouvoir se prêter à l'arbitrage. Lorsque l'invention sera revendiquée par le salarié ou l'employeur, le contentieux relèvera du tribunal de droit commun et non du Conseil des Prud'hommes (Cass. soc 18 février 1988, JCP E 1988, I, 17351). Ainsi jugé que le litige concernant la paternité de l'invention réalisée au cours de l'exécution du contrat, oppose deux intérêts privés et est donc arbitrable, la compétence de la juridiction étatique ne peut donc être retenue (Paris 1^e ch., 31 octobre 2001, Gaz. Pal., Rec. 2002, somm. p. 752, J. n°164, 13 juin 2002, p20).

93 Action en revendication. Cette question ne fait pas l'unanimité de la doctrine. Un auteur averti affirme : *“En réalité, on peut déjà répondre à cela que le demandeur en revendication jouit là d'une simple faculté: il pourrait fort bien agir devant un tribunal arbitral sans demander à l'administration de suspendre la délivrance du brevet. Mais, au vrai, on demande au revendiquant de prouver qu'il a intenté une action, dans le seul but de prévenir l'octroi du brevet à un individu qui se révélerait, après décision de justice, n'y avoir pas droit. Or, le résultat de la procédure arbitrale sous réserve de l'exequatur sera exactement semblable. L'administration requise sur la base de l'article 56 du décret ne doit, donc, pas introduire de différences selon que la juridiction appartient ou non à l'ordre étatique et, partant, l'argument perd toute efficacité. Il faut admettre la validité d'un compromis afférent à une action en revendication de propriété”* (M. VIVANT, art. préc. n 74, 69; v. J.-M. MOUSSERON, JCL Brevets, Le droit au brevet, Fasc. 240 spéc. n° 66).

94 Contrefaçon. La contrefaçon du brevet pénalement sanctionnée (Art. 707 et s CPL) n'est pas arbitrable. Mais rien n'interdit l'arbitrabilité de l'action civile en contrefaçon, laquelle est une forme d'action en responsabilité civile (G. BONNET et Ch. JARROSON, Arbitrabilité des litiges de propriété industrielle, Colloque IRPI préc p 67). Ce même, si une plainte pénale pour contrefaçon a par ailleurs été déposée (Paris 8 décembre 1988, Rev. arb. 1990, p 150 ; v. aussi J. PELLERIN, obs. sur Paris 4 novembre et 8 décembre 1988, Rev. arb. 1989, n°3). Il n'y aurait pas lieu d'appliquer la règle *« le criminel tient le civil en l'état »* (J.-L. GOUTAL, Arbitrage et propriété incorporelle, Gaz. Pal., op. cit., spéc. p 29). A ce propos, un auteur constate justement que l'action en contrefaçon, tend à assurer la protection d'une propriété intellectuelle : brevet, marque, droit d'auteur ou autre. La propriété elle-même n'est pas en cause (sauf bien sûr si la question est soulevée dans le cadre du litige de contrefaçon) et il s'agit seulement d'apprécier s'il y a eu atteinte et, si une réponse positive est donnée, de mesurer l'importance de cette atteinte et d'en tirer les conséquences. Or, la traduction concrète de tout cela, si elle ne se réduit pas à l'allocation de dommages-intérêts, se réalise d'abord par une telle allocation (M. VIVANT, Recherche litige non arbitrable, préc.). En revanche, la détermination des conséquences pécuniaires du délit de contrefaçon doit pouvoir être arbitrable, et ce conformément aux dispositions de l'article 1037 du code des obligations et des contrats qui admet expressément la possibilité de transiger *« sur un intérêt pécuniaire résultant ... d'un délit »*.

95 Contrats d'exploitation des brevets. Ici, la validité du titre n'est pas en cause mais le contentieux du domaine purement contractuel : cessions, licences, apports en société de marques ou de brevets. Il en est ainsi, qu'il s'agisse de conflits posant des problèmes somme toute ordinaire de droit de des obligations (recouvrement de redevances v. Paris 15 juin 1981, Rev. arb. 1983, p 89 note A. FRANCON ; résiliation pour inexécution..) ou des problèmes spécifiques de

MATIERES

propriété industrielle (garantie des vices cachés du brevet, obligation de communiquer les perfectionnements du brevet concédé pour le breveté ou le licencié.). Ainsi le tribunal arbitral de la chambre de commerce internationale a jugé que les litiges relatifs à l'exploitation du brevet étaient arbitrables (Cf. T. arb. Ch. com. int., juin 1991, aff. n°6709, PIBD 1993, 541, III, p. 230 ; JDI 1992, p. 998. Dans le même sens, Paris 1^e ch., 24 mars 1994, Deco c/ Meva JCP E 1995, n°471, obs. J-J BURST et J. SCHMIDT ; Doss. Br. 1994, I, p. 7, RTD com 1995, p. 416, obs. AZEMA). C'est bien là le terrain de prédilection de l'arbitrage puisque ni l'intérêt public ni l'ordre public ne sont concernés (Cass. civ. 13 janvier 1966, Bull. Civ. II n° 51; RTD civ 1967, 445 obs P. HEBRAUD; Cass. com. 8 juillet 1965, Bull. civ. III n° 431).

SECTION 9 : DROIT DES MARQUES

96 Arbitrabilité. S'agissant des marques, la loi libanaise n° 2385 du 17 janvier 1924 " relative à la propriété commerciale, industrielle, littéraire et artistique" ne contient aucune disposition renseignant sur l'arbitrabilité ou non des litiges qui s'y rattachent. On pourrait dès lors appuyer la position de la Cour d'appel de Paris qui décide 12 juin 1961 "qu'aucune disposition légale d'ordre public n'interdit aux parties de soumettre à l'arbitrage un litige déjà né et portant sur le droit des marques" (Paris Rev. arb. 1963, p 317). De même, la jurisprudence estime en matière de marque déposée, que l'attribution de compétence aux tribunaux civils ne fait pas obstacle au compromis (Paris 12 juin 1951 Ann. Propr. Nd. 1963, p 183 ; Cass. com. 8 juillet 1965, Bull III n°431). Nous pensons, par analogie, qu'il faut appliquer les mêmes solutions régissant la matière des brevets. Ainsi, faut-il décider de l'arbitrabilité des litiges portant sur les contrats d'exploitation de la marque (Cass. com. 8 juillet 1965, Bull. civ. n° 431 cité par P. ANCEL art. préc. n° 67). En tout cas, les tribunaux considèrent que les questions purement contractuelles sont arbitrables (cf Paris 1^e ch., 1^e décembre 1987, Juris-data, n°029327, sur l'usage d'une marque ; Trib. gr. Inst. Paris, 17 mars 1981, Rev. arb. 1983, p. 95, note A. FRANCON). En revanche, il faut soustraire du domaine de l'arbitrabilité les litiges relatifs à la contrefaçon de la marque pénalement sanctionnés et, probablement aussi, ceux relatifs à la validité de la marque pour les raisons précédemment évoquées.

SECTION 10 : LITIGES DE PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

Le droit d'auteur et les droits voisins sont régis en droit libanais par les dispositions de la loi n° 75 du 3 avril 1999 (JO n°18 du 13 avril 1999, p1104s). La législation sur la propriété littéraire et artistique se démarque de la législation ancienne relative aux brevets en ce qu'elle ne réserve pas de manière exclusive le contentieux du droit d'auteur et droits voisins à une juridiction étatique déterminée mais cela n'induit pas pour autant leur arbitrabilité absolue (Sur la question, v° B. OPPETIT, L'arbitrabilité des litiges de droit d'auteur et droits voisins in, Arbitrage et propriété intellectuelle, Publ. de l'IRPI, op. cit., 121s sp., 124).

97 Inarbitrabilité. L'inarbitrabilité des litiges de propriété littéraire compte à son actif plusieurs arguments : 1- Les titulaires du droit d'agir contre « les atteintes imminentes » (Art. 81 de la Loi n° 75/1999) et a fortiori les atteintes effectives ne se limitent pas au titulaire du droit d'auteur ou des droits voisins et à ses ayants-cause universels ou particuliers (Art. 81) mais, s'étendent également au "ministère public et au chef du bureau de la protection de la propriété intellectuelle" (Art. 89) qui peuvent, si le cas y échoit, agir et saisir les juridictions étatiques. Il en résulte que l'action résultant d'une telle atteinte n'appartient pas exclusivement au titulaire du droit mais également au ministère public et à l'administration qui deviennent de la loi, parties à l'action et donc parties à son jugement. Or, ni le ministère public ni l'administration ne peut siéger devant un arbitre, d'où il en suit que l'arbitrage est écarté 2- La contrefaçon du droit d'auteur est un délit pénal (V. art. 85, 86, 87, 88 de la loi n°75/1999) qui, donc, suppose la saisine des juridictions répressives (Art. 92 alinéa 3), ce qui exclut, en principe, le recours à l'arbitrage. 3- L'article 22 de la loi n° 75/1999 énonce expressément "qu'on ne peut disposer des droits moraux de l'auteur (..)". Il en résulte que l'indisponibilité du droit moral de l'auteur sur son oeuvre exclut l'arbitrage (J.-B. RACINE, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, Préf de Ph. FOUCHARD, Bibl dr. pr. T. 309 LGDJ 1999, n°

MATIERES

98, p55). Le droit moral de l'auteur, parce qu'il est un droit extrapatrimonial, est indisponible. (Néanmoins, on ne saurait ériger en principe que le droit d'auteur est indisponible. Cf A. LUCAS et H.-J. LUCAS, Traité de la propriété littéraire et artistique, 2^e éd Litec 2001 p 569 n°751-3). Cette indisponibilité évoquée à l'article 1037 COC (« On ne peut transiger sur ... les droits personnels qui ne sont pas dans le commerce »), interdit l'arbitrage. La Cour de Cassation française a eu l'occasion de l'affirmer dans l'ordre international (Cass. civ. 1^e, 28 mai 1991, Consorts Huston C. Sté Turner Entertainment C° et autres, Rev. crit. DIP 1991. 752, note P.-Y. GAUTIER; JCP. 1991, éd. G. n° 40, note A. FRANCON; JDI, 1992, p 133, note B. EDELMAN; JCP E 1991, p 220, note J. GINSBURG et P. SIRINELLI; D. 1993, p 197, note J. RAYNARD. sur renvoi, Versailles, 19 décembre 1994, RIDA, avril 1995, p 389 note A. KEREVER; JCP E 1996, I. 582, n° 12, note H.-J. LUCAS rapp. Par J.-B. RACINE op. cit. n° 99, p 56). Le second fondement de l'indisponibilité du droit moral renforce cette solution : *“droit d'auteur et droits voisins comportent dans leur statut d'importants éléments d'ordre public de protection”* (B. OPPETIT, art. préc. 131). C'est donc aussi pour protéger l'auteur et surtout l'oeuvre que le droit moral est indisponible et que l'arbitrage, en conséquence, est interdit.

98 Arbitrabilité. L'article 15 de la loi n°75/1999 reconnaît à l'auteur le *“droit exclusif d'exploiter son oeuvre”* et l'article 16 énonce expressément que *“les droits patrimoniaux de l'auteur sont considérés être un droit matériel susceptible de cession en tout ou en partie”*. Par ailleurs, l'article 17 régit les contrats d'exploitation des droits patrimoniaux. Il en résulte que le droit patrimonial de l'auteur sur son oeuvre, est disponible et donc, arbitral (La distinction, au moins en théorie, est donc nette: tout litige portant sur le droit moral est exclu de l'arbitrage; tout litige portant sur le droit patrimonial est arbitral). De même, la détermination des intérêts pécuniaires du délit demeure arbitral en vertu de l'article 1037 COC qui consacre nettement la possibilité de transiger *“sur un intérêt pécuniaire résultant d'un délit”*. Il en est de même des problèmes de droit d'auteur soulevés par les satellites et par les réseaux numériques (V. A. et H.-J. LUCAS, ouvrage préc. n°1011 p 821).

SECTION 11 : CONTRAT DE REPRESENTATION COMMERCIALE

95 Controverses. Une question qui n'a pas fini d'approvisionner la littérature juridique est celle de savoir si les litiges résultant du contrat de représentation commerciale régi par le décret-loi libanais n° 34 du 5 août 1967 sont arbitraux. Doctrine et jurisprudence sont divisées sur ce sujet. Le principal point de discordance est le contenu de l'article 5 du décret loi n°34/67 qui énonce : *“Nonobstant tout accord contraire, sont compétents pour juger des différends résultant du contrat de représentation commerciale, les tribunaux de l'endroit où le représentant de commerce exerce ses activités”* (Pour : E. TYAN, Arbitrage n° 33, 45; Ch. FABIA et P. SAFA, Code de commerce annoté, 1988 note sous art 5 du D/L n° 34; Cass. civ. 1^e, 7 juillet 1988, AL Adl 1992, p 32; Trib. pr. Inst. Beyrouth 16 janvier 1972 Hat. n° 131, p 11; 22 décembre 1993, Rev. lib. arb. 1999 n°11, p 21. Contre : Cass. lib. civ., 14 avril 2005, Rev. lib. arb. 2006 n°40 p 83; 20 février 2003 Rev. lib. arb. 2004 n°29 p 31; Trib. pr. Inst. Mont-Liban jgt n°20, 31 juillet 2003 Rev. lib. arb. 2004 n°30 p46). Une solution médiane propose de distinguer entre la clause compromissoire et le compromis d'arbitrage pour invalider la première et valider le second (Beyrouth 2 février 1999, Rev. lib. arb. 1999/10 n°4, p 65s; v. A. GHOSSEUB, obs. sous Cass. civ. 19 mars 1998 et Beyrouth, 2 février 1999, Rev. lib. arb. 1999/11, p 11s; Beyrouth 3^e ch. 17 avril 2003, Rev. lib. arb. 2003 n°26 p 60 ; v. M. MAHMASSANI, La représentation commerciale en droit positif libanais 1972, p 217; Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°4, 11 janvier 2005, Rev. lib. arb. 2005 n°33 p 62 ; Al Adl 2005, jur. p 285s note J. RIZKALLAH). L'intérêt du problème de l'arbitrabilité des litiges se manifeste surtout s'agissant des contrats internationaux. La question de l'arbitrabilité ou non des contrats de représentation commerciale reste dépeçagée entre des arguments d'arbitrabilité et de non-arbitrabilité.

1- ARBITRABILITE

99 Convention de New York. Les partisans de l'arbitrabilité peuvent compter sur la convention de New York du 10 juin 1958 ratifiée par le Liban en vertu de loi n° 629 du 23 avril 1997. L'article second de la convention impose aux Etats contractants de : *“reconnaître la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains d'entre eux qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet*

d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage". Ce texte laisse présager la validité des conventions d'arbitrage dans le contrat de représentation en vertu, notamment, du principe de la suprématie des conventions internationales sur les lois nationales consacré par l'article 2 NCPC libanais (Beyrouth 1^e ch., 26 avril 1988, A. CHAMS EL DINE, Recueil de Procédure civile 1995, p 475; aussi Beyrouth, 1^e ch, 6 avril 1972, Al Adl 1972, p 343 conf. Trib. pr. Inst. Beyrouth, 24 mai 1971, Al Adl 1972, p 242; Trib 1^e Inst. Liban-Nord, 15 janvier 2004 notre crit. H. SLIM, Rev. lib. arb. 2007 n°43 p 49; V. H. SLIM, L'arbitrage en matière de représentation commerciale et principe de la hiérarchie des règles juridiques, Rev. lib. arb. 2006 n°40 p 57).

100 Spécificité de l'arbitrage international. Certains auteurs hostiles aux lois de police prônent la spécificité et l'autonomie de l'institution de l'arbitrage international. Selon un éminent auteur : *"Par définition, la théorie des lois de police est particulariste et a-morale. Une loi de police traduit simplement une politique particulièrement affirmée d'un Etat et ne prétend nullement correspondre à des valeurs universelles". "N'étant pas l'organe d'un ordre juridique déterminé, l'arbitre n'a pas l'obligation de faire respecter les lois de police du for-il n'en a aucun- et moins encore de faire respecter les politiques d'Etats dont, par hypothèse, la loi n'a pas été choisie par les parties..."* (Ibid n° 105, p 26; E. GAILLARD, Arbitrage commercial international, sentence arbitrale, droit applicable au fond du litige, JCL, Droit international, Fasc. 586-3 n° 104, 25).

101 Utilitarisme du commerce international. D'autres auteurs prêchent le recul de l'ordre public face à l'utilitarisme engendré par les besoins du commerce international dont la finalité est de satisfaire les intérêts des parties (B. OPPETIT, L'illicite dans le commerce international, Introduction in, L'illicite dans le commerce international, sous la direction de P. KHAN et C. KESSEJDIAN, Université de Bourgogne, CNRS, travaux du CREDIMI, Litec 1996, 13 sp., 17).

102 Autonomie de la clause compromissoire. L'arbitrabilité des litiges peut compter sur le principe de l'autonomie de la clause compromissoire (En ce sens : Cass. lib. civ. 5^e, 20 février 2003, Al Adl 2006 p610). Ce principe se manifeste tant par rapport au contrat support de la clause arbitrale que par rapport à la loi étatique susceptible de régir la convention d'arbitrage. En ce sens que la loi choisie par les parties ne tient compte d'aucune loi étatique. Jugé que : *"S'agissant d'un contrat à caractère international, la clause compromissoire est valable indépendamment de toute loi étatique, y compris lorsqu'elle est inscrite dans un contrat d'agent commercial"* (Paris 3^e ch., 22 janvier 2002, Gaz .Pal., Rec. 2002, somm. p 1810, J. n°355, 21 décembre 2002, p 4).

103 Ordre public international. Des auteurs suivis par des arbitres considèrent que l'ordre public visé en présence d'une convention d'arbitrage international n'est pas l'ordre public interne mais l'ordre public international. Il en résulte que les « détracteurs » de la convention d'arbitrage doivent démontrer que la compétence de l'article 5 du décret-loi 34/67 est une règle qui, dans la conception libanaise relève de l'ordre public international. En effet, l'arbitre international n'est jamais le gardien de l'ordre public étatique, il n'est pas chargé par l'Etat d'appliquer ses lois de police. La validité de la clause compromissoire doit s'apprécier au regard du droit international de manière détachée de tout système juridique étatique (Paris 24 novembre 2005, Rev. arb. 2006 somm p 281). C'est donc en vertu des usages du commerce international que le tribunal arbitral devra apprécier la validité de la clause compromissoire stipulée dans le contrat (Cf. Ph. FOUCHARD, E GAILLARD et E. GOLDMAN n°588 p 370).

L'arbitrabilité des litiges liés au contrat de représentation commerciale n'est pas sans obstacles, d'autres arguments favorisent leur inarbitrabilité.

2- INARBITRABILITE

104 Compétence impérative. L'article 5 du décret-loi n° 34/67 édicte une compétence impérative. Le code de procédure civile libanais a distingué au sein même de la compétence territoriale entre la compétence territoriale « *ordinaire* » (c'est-à-dire relative) et la compétence territoriale « *impérative* ». Sous cette dernière rubrique, l'article 112 NCPC énonce que : « *S'agissant des actions que la loi oblige à porter devant une juridiction désignée en soi, la compétence sera à cette juridiction sans aucune autre* ». Or, l'article 5 du décret loi n°34/67 a précisément formulé pour le contrat de représentation commerciale une attribution de compétence territoriale impérative à savoir celle du tribunal judiciaire du lieu d'exercice de l'activité du représentant. Cette compétence impérative manifeste sans ambiguïté l'interventionnisme étatique en matière économique dans un souci de protection du représentant, d'où, il est incontestable que cette loi est une loi de police reflétant parallèlement son caractère d'ordre public.

105 Ordre public interne. Ni les conventions internationales ni le principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage international ne peuvent faire abstraction des dispositions d'ordre public interne (Sur l'application de l'article 5 malgré l'autonomie de la clause compromissoire : Cass. lib. civ. 4^e, arrêt n°34, 19 juillet 2001, Rev. lib. arb. 2002 n°21 p 62). En effet, les parties demeurent dans la détermination de la **Lex causae**, c'est-à-dire « *la loi compétente pour régir la situation litigieuse ou la situation juridique envisagée* » tenues par les règles d'ordre public de la lex causae (J.-B. RACINE, op. cit. n°410 p241). Ainsi l'arbitre doit réputer sans effet toute stipulation contractuelle contrevenant à l'ordre public de la loi choisie par les parties.

106 Arbitre et la lex causae. L'article 813 NCPC libanais décide que faute de détermination par les parties, la lex causae sera désignée par l'arbitre « *selon les règles qu'il estime appropriées* ». Cependant, même dans cette hypothèse, l'arbitre sera tenu dans le mode de désignation de la loi de deux facteurs: d'abord, il choisira le plus souvent la loi de l'ordre juridique qui entretient un lien étroit avec la situation litigieuse; ensuite, il ne pourra faire abstraction ni des dispositions d'ordre public de la loi ainsi choisie ni de toute loi de police conçue pour protéger une partie en état de faiblesse à l'exemple du décret-loi n° 34/67, et ce sous peine de rendre une sentence inefficace au lieu de son exécution (v. J.-B. RACINE op. cit. n° 562, p 320). En ce sens, la convention de New York de 1958, énonce expressément dans son article V 2) a, que : « *La reconnaissance et l'exécution d'une sentence arbitrale pourront être refusées si l'autorité compétente du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requises constate que, d'après la loi de ce pays, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage* ».

3- OBSERVATIONS

107 Compétence d'attribution et compétence territoriale. L'article 5 concentrant les litiges résultant du contrat de représentation entre les mains « *du tribunal du lieu de l'activité du représentant* », évoque une stricte compétence territoriale (Cass. lib. civ. 5^e, 11 janvier 2005 préc). Et lorsque l'article 112 NCPC libanais prévoit, sous l'intitulé « *compétence territoriale impérative* », que la désignation d'une juridiction pour connaître d'un litige déterminé emporte compétence de ladite juridiction, il évoque également une stricte compétence territoriale. Or, la convention d'arbitrage concerne la compétence d'attribution, de sorte que l'article 5 lui est inapplicable (En ce sens : Paris 3^e ch., 22 janvier 2002, Gaz. Pal., Rec. 2002 somm p 1810, J. n°355, 21 décembre 2002, p 4 ; v. aussi sur l'inopposabilité à la clause compromissoire de la règle de compétence territoriale : Cass. com. 8 novembre 1982, Rev. arb. 1983. p 177, J. RUBELLIN-DEVICHI ; Cass. com. 9 juin 1987, Rev. arb. 1988, p 557).

108 Compétence de l'arbitre et renonciation à l'article 5 du décret n°34/67. La question de la compétence de l'arbitre ne doit pas être confondue avec celle de la renonciation à l'article 5 du décret-loi n°34/67. En effet, l'article 5 est destiné à protéger les représentants libanais

parties faibles au contrat de représentation, mais le caractère impératif de l'article 5 peut être d'autant plus difficilement invoqué lorsque c'est le sujet libanais lui-même qui décide de renoncer à la protection légale, en prenant l'initiative de saisir l'institution sur la base de la clause compromissoire insérée dans le contrat (V. sentence CCI n°8606 de 1997, rev. lib. arb. 1999, n°3 p 20s) et a fortiori sur la base d'un compromis d'arbitrage.

109 Choix du tribunal et choix de la loi applicable. Il ne faut pas mélanger le choix du tribunal avec le choix de la loi applicable. En effet, l'arbitre peut offrir la même garantie du juge judiciaire dans la protection des droits du représentant libanais en faisant application des dispositions du décret-loi n°34/67.

110 Inarbitrabilité et exécution des sentences. La question est de savoir si l'inarbitrabilité des litiges constitue un obstacle à la reconnaissance et à l'exécution des sentences internationales relatives à la rupture des contrats de représentation commerciale ? Nous ne le pensons pas. En effet, la règle de l'article 5 du décret-loi n°34/67 est une règle de conflit unilatérale qui ne saurait imposer l'application de la loi nationale aux instances juridictionnelles étrangères car, une telle règle, qui tend à imposer la primauté du droit national, est inconciliable avec l'harmonie internationale que le droit international privé poursuit (C.-Q.-C. TRUONG, ouvrage préc. spéc. n°97 p 102 et les réf. citées). Cette règle est également écartée par la convention de New York du 10 juin 1958 qui impose le respect des clauses d'arbitrage si la convention d'arbitrage est régie par un autre droit que le droit national visé. La convention de New York de 1958 n'oblige pas, par ailleurs, le juge à refuser la reconnaissance ou l'exécution si le litige n'est pas arbitral selon son propre droit. Elle lui donne seulement la possibilité de le refuser. L'article 5 § 2 de la convention indique en effet que « *la reconnaissance et l'exécution [...] pourront aussi être refusées [...]* ». Le juge libanais, peut donc ignorer l'inarbitrabilité du litige selon son droit national en admettant que le non-respect desdites lois n'est pas contraire à l'ordre public international et accorder l'exequatur (C.-Q.-C. TRUONG, spéc. n°98 p 102).

SECTION 12 : DROIT DU TRAVAIL

Dans l'examen de l'arbitrabilité des litiges intéressant le droit du travail (V. J.-M. OLIVER, Arbitrage et droit du travail, Droit et patrimoine 2002, n°104 p 52) nous évoquerons, tour à tour, les conflits individuels, les conflits résultant des dispositions de la sécurité sociale et conflits collectifs.

111 Conflits individuels. Par conflits individuels, il faut entendre ceux qui naissent de la relation individuelle entre l'employé et son employeur dans le cadre du code du droit du travail tels la fixation du salaire minimum, le licenciement, la démission, les accidents de travail etc. (V. E. PAISANT et H. MOTULSKY, Arbitrage et conflits du travail, Rev. arb. 1956, p 78; NORMAND, Conflits individuels du travail et arbitrage, Rev. arb. 1982, p 169). Ces conflits sont soumis en vertu de l'article 79 de la loi libanaise du 23 septembre 1946 instituant le code du travail et de l'article 1^{er} du décret loi n° 3572 du 21 octobre 1980 à la compétence du « *Conseil arbitral du travail* ». Ce Conseil, il faut le souligner, est une juridiction étatique composée d'un juge, d'un représentant des employeurs et d'un représentant des salariés désignés par décret auxquels s'adjoint un « commissaire de gouvernement » qui est le chef de la section des affaires sociales auprès du ministère du travail. La question est de savoir si les conflits individuels de travail sont arbitraux ? Une décision timide a validé une telle clause par respect de la volonté des parties (Cons. arb. Beyrouth 28 octobre 1970, Al Adl 1971 p 202). Cependant, la majorité des décisions annulent une telle clause pour des motifs différents : 1- parce que la compétence du Conseil arbitral du travail est d'ordre public (Cass. lib. civ. 8, 13 décembre 2007, Cassandre 2007/12 p 2248; Adde Cons. arb. Beyrouth, jgt n°7, 8 janvier 2003, Rev. lib. arb. 2004 n°28 p57 ; Cass. soc. lib. 17 mai 1994, Rev. Cassand. 5, p 37; Cons. arb. Beyrouth 9 mai 1967, Al Adl 1969, p 423; Beyrouth 21 avril 1948, Rev. jud. lib. 1949, p 67; v. aussi Cass. civ. 2^e, 20 juillet 1957 RTDciv. 1958, p 662, obs. P. HEBRAUD; V. en ce sens, la décision Millac-Deletanc c/ SCOP Couécou rendue le 3 juillet 1997 par la Cour d'appel de Paris Rev. arb., 1997. 611, obs. L. DEGOS). 2- parce qu'un tel conflit nécessitait sous

MATIERES

l'empire de l'ancienne loi l'intervention du ministère public (Cons. arb. Mont-Liban 25 mai 1955 inédit, cité par E. EID, Encyclopédie de procédure civile T. 10, 172), le même raisonnement pouvant être transposé aujourd'hui au commissaire du gouvernement qui tient désormais la place du ministère public (Cass. lib. civ. 8^e, 29 février 2008, Cassandre 2008/2 p 370s. Contra. Trib. pr. Inst, Beyrouth, 1^e ch., 7 juillet 1988, Rev. jud. lib. 1988, p 971 considérant que le commissaire du gouvernement n'est pas un avocat général mais un simple fonctionnaire administratif auprès du ministère du travail dont le rôle se limite à donner un avis sans pouvoir déclencher aucun recours), 3- parce que la matière objet de l'arbitrage est d'ordre public (Cass. lib. civ. 8^e, 29 février 2008 préc.; Adde Cons. arb. Beyrouth 26 novembre 1991 cité par N. ZEIN, Les affaires du droit social 1992 n° 2, p 17 et les autres réf. citées).

Néanmoins, nous pensons que la clause d'attribution de compétence au Conseil arbitral n'emporte pas en elle même exclusion de l'arbitrage: l'attribution exclusive de compétence ne justifie pas à elle seule l'incompétence des arbitres. De même, la simple relation de la matière arbitrale avec l'ordre public n'exclut pas l'arbitrage. En effet, l'interdiction de compromettre dans les matières d'ordre public, *“ne signifie pas et n'a jamais signifié... que tout litige relatif à une convention ou une opération soumise à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public se trouverait de ce fait soustrait à tout arbitrage”* (Paris 15 Juin 1956, Rev. arb. 1956, p 97; Gaz Pal 1956, 2, p 123).

112 Indisponibilité. En réalité, la prohibition de l'arbitrage soutenue par la Haute Cour (Déjà : Cass. 10 juillet 1843, in Rev. arb. 1992, p 399 concl. HELLO) se justifie par l'indisponibilité du droit des salariés résultant de leur état de subordination (Cf. E. COURTOIS-CHAMPENOIS, L'arbitrage des litiges en droit du travail : à la redécouverte d'une institution française en disgrâce, Etude comparative des droits français et américain, Rev. arb 2003 Doct p 349s). Comme l'écrit justement un auteur : *“Pendant la durée du contrat, le salarié se trouve par définition en état de subordination. Il ne saurait compromettre, car il n'a pas la libre disposition de ses droits; la seule possibilité d'arbitrage réside dans le compromis, postérieur à la rupture du contrat de travail, le salarié retrouvant alors la libre disposition de ses droits”* (D. COHEN, Arbitrage et sociétés, Bibl. dr. pr. T 229 LGDJ 1993 n° 131, 63; P. ANCEL art. préc. n° 91s; v. Cass. soc. 24 novembre 1981 Rev. arb. 1982, p 224 note Ph. FOUCHARD). Par conséquent, il faut exclure la convention d'arbitrage tant que la relation de subordination juridique existe et tout au long de l'exécution du contrat de travail. En revanche, l'arbitrage devrait être permis à l'expiration du contrat de travail parce qu'à ce moment, le salarié retrouve sa pleine liberté et n'est plus sous le joug de son employeur, les règles protectrices n'ont plus lieu de jouer. Dans un arrêt du 5 novembre 1984 (JCP G 1985, II 20510 note N.S.) la chambre sociale de la Cour de Cassation a considéré que les parties pouvaient compromettre valablement après la rupture de ce contrat (v. Cass. soc. 12 février 1985 cité par P. ANCEL art. préc. n° 95). Dans le même sens, le tribunal de première instance de Beyrouth a admis la validité d'un compromis d'arbitrage conclu entre la Banque du Liban et l'un de ses employés relatif à son licenciement après la naissance du litige (Trib. pr. Inst. 1^e ch, 7 juillet 1988, Rev. jud. lib. 1988 p 971). Le code du travail prévoit certaines procédures qui excluent le recours à l'arbitrage. Ainsi, en est-il, par exemple, de l'article 50 - e) tel que modifié par la loi promulguée par décret n° 940 du 6 février 1975 qui attribue *“compétence exclusive au conseil arbitral pour connaître du licenciement des membres des conseils des syndicats durant la période de leur mandat”*.

113 Nullité de la clause. Il a été jugé que la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail, même international, soumis à la loi française est nulle (Cass. soc. 12 février 1985, CHAUZY, Bull. civ. V n° 97; Rev. arb. 1986, p 47 note M.A. MORCEAU; D. 1985, inf. rap. p 456 obs. A. LYON-CAEN; Rev. crit. DIP 1986, p 469 note M.L. NIBOYET-HEOGY). En l'espèce, constatant que le contrat de travail avait été *“conclu entre une société italienne et un français, résidant en France, pour y être exécuté”*, la Cour de Cassation en avait tiré comme conséquence que : *« Le contrat était soumis aux dispositions des lois françaises, et qu'en application de l'article 2061 du code civil, auquel il n'est pas dérogé en la matière, les clauses compromissoires (étaient) nulles»*. Cette formule adoptée par la Haute juridiction ne manquait pas d'ambiguïté d'autant plus qu'elle portait atteinte à l'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport à la loi du contrat (P.-H. ANTONMATTEI, Conflits de juridictions en droit du travail, JCL Travail, Fasc. 94-20 n° 29). Un

éminent auteur (G. LYON-CAEN, *Les relations de travail internationales*, éd. Liaisons 1991, n° 190) a judicieusement relevé qu'il fallait bien se garder de tirer hâtivement les conséquences d'une telle décision et notamment, de considérer par un raisonnement a contrario que la clause serait valable lorsque le contrat échappait à la loi française. Il convient en effet d'éviter le jeu "dangereux" d'un tel raisonnement.

114 Inopposabilité de la clause - règle matérielle. La Cour de Cassation a relancé le débat dans un arrêt du 16 février 1999 (Cass. soc. 16 février 1999, SARL "Château Tour Saint Christophe" et A c/Astrom, JCP E 1999, 748 obs F. TAQUET; JCP E 1999 n° 42, 1685 note Ph. COURSIER ; Rev. arb. 1999, p 290, 1^{ère} esp note M.-A ; JCP G 2000, II, 10337 note D. AMMAR) où elle parle non plus de nullité mais d'inopposabilité de la clause. Ce qui offre au seul salarié la possibilité de s'en prévaloir. Ainsi, dès lors que le salarié a régulièrement saisi la juridiction prud'homme française, la clause compromissoire ne lui est pas opposable (Cass. soc. 16 février 1999 et 4 mai 1999, Rev. arb. 1999, p 290 note M.-A. MOREAU ; Cass. soc. 9 octobre 2001, RJS 12/2001 n°1452 ; Rev. arb. 2002 p 347 note Th. CLAY). Ici, la clause compromissoire échappe à la loi normalement applicable au contrat de travail (*lex contractus*) et se trouve régie par la loi du lieu d'exécution du contrat (*lex loci executionis*) qui l'exclurait sur le fondement du caractère impératif des normes en cause (Ph. COURSIER, note préc. n° 22s. Cependant, en faveur de la validité de la clause d'arbitrage en matière de contrat de travail international, v° Grenoble, 13 septembre 1993, Rev. arb. 1994, p 337 note M.A. MOREAU). Plus encore, et faisant abstraction du lieu d'exécution du contrat de travail, en l'espèce à l'étranger, la Haute Cour énonce que : « *La clause compromissoire insérée dans un contrat de travail est inopposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail* » (Cass. soc. 9 octobre 2001, Rev. arb. 2002, p 347 note Th. CLAY). Ainsi, désormais, la compétence des juridictions prud'hommes sera retenue peu importe les motifs pour écarter la clause compromissoire. L'inopposabilité de la clause est devenue une règle matérielle de droit international privé.

115 Conflits du code de la sécurité sociale. Ces conflits sont évoqués par le Code libanais de la sécurité sociale du 26 septembre 1963 modifié par le décret-loi n° 116 du 30 juin 1977. Ici, l'arbitrage de droit commun se trouve exclu : d'une part, le législateur a soumis le règlement de certains litiges à une procédure propre ; d'autre part, il a soumis le règlement d'autres conflits à une procédure particulière d'expertise (V. art 84 C. Sécu. sos). Enfin, l'article 85 du code soumet à la compétence du Conseil arbitral du travail les conflits qui résultent de l'application du code ou ceux générés des relations entre les assurés et les employeurs ou entre la caisse sociale, les employeurs et les salariés. La procédure devant se dérouler dans les termes du droit commun.

116 Conflits collectifs. L'article 47 de la loi du 2 septembre 1964 *relative aux conventions collectives, à la conciliation et à l'arbitrage* prévoit et organise une procédure particulière d'arbitrage s'agissant des conflits collectifs (v. Sent. arb. 9 juin 1998, Rev. lib. arb. 1999/10 n° 2, p 87). Cependant, la validité de l'arbitrage nécessite la réunion de deux conditions: 1) l'une des parties au conflit doit être un groupe de salariés ; 2) l'objet du litige doit concerner des intérêts collectifs, c'est-à-dire, des "intérêts-types". Les intérêts types reposant non sur une somme mais sur une série de conflits individuels. Le conflit collectif est une série de conflits individuels qu'il faut opposer à la somme (Cass. soc. 25 novembre 1993 et 28 mai 1992 cités par N. ZEIN, *Les affaires du droit social 1992/1994*, 119). Une somme est finie, à la différence de la série. Les individus qui incarnent les intérêts de la série ne sont ni nommés, ni énumérés, ni présents ; ils sont aussi les inconnus, les absents, les personnes futures (P. DURAND, *Traité du droit de travail* T. III n° 324, 950; L. AZOURI, *Le règlement pacifique des conflits collectifs du travail au Liban*, thèse Univ. lib., p 24s). Il en résulte que ne constituent pas des conflits collectifs et doivent être exclus de l'arbitrage : les litiges portant sur la réinsertion du salarié licencié à cause de ses activités syndicales (Cons. arb. Beyrouth 24 août 1966, cité par N. ZEIN, *Les affaires du droit social 1992*, 310), les demandes d'indemnités de licenciement prétendument abusif (Sentence n° 2 du 24 juin 1994 de la Commission d'arbitrage des conflits collectifs citée par N. ZEIN, *les affaires sociales 1992/1994*, 321-322 et les nombreuses réf. citées). L'arbitrage implique l'accord des parties. L'accord peut intervenir à la conclusion d'une convention collective pour instituer une procédure

conventionnelle d'arbitrage, obligatoire, en vertu de l'engagement pris. Il peut aussi avoir lieu au moment du conflit, les parties décidant d'y recourir. Notons cependant, que l'arbitrage se greffe sur la procédure de conciliation dont l'échec est constaté par un procès-verbal qui délimite par là la mission de l'arbitre. Les décisions de l'arbitre ou de l'organisme d'arbitrage désigné d'un commun accord sont exécutoires sauf si les parties se sont réservées la faculté d'interjeter appel contre la sentence. Dans ce cas, l'appel est porté impérativement devant une Commission d'arbitrage (V. art. 49 de la loi s'agissant sa composition; rapp. Paris 1^e décembre 2005, Rev. arb. 2006, somm p 282). Les décisions de la Commission sont prises à la majorité de cinq voix au moins ; elles sont immédiatement exécutoires et ne sont susceptibles d'aucune voie de recours, ni soumises à la procédure d'exequatur (Art. 60 de la loi ; en ce sens : Cons. arb. Beyrouth 28 avril 1992 cité par N. ZEIN op. cit. n° 2, 105s).

SECTION 13 : DROIT DES BAUX

117 Baux d'habitation. L'article 86 NCPC libanais attribue compétence impérative et exprime au juge unique pour connaître de *«toutes les actions relatives aux contrats de location de meuble ou d'immeuble et aux contrats de location-gérance quel que soit le montant du loyer et de toutes actions relatives à l'occupation s'agissant toutes demandes et exceptions connexes»*. De même, l'article 21 de la loi n° 160 du 22 juillet 1992 sur les baux d'habitation et commerciaux attribue au juge unique civil la compétence de *« trancher toutes les actions relatives aux baux ainsi que toutes les demandes et exceptions qui leurs sont connexes quel que soit le montant du loyer annuel »*. Faut-il alors en déduire l'inarbitrabilité des litiges touchant au droit des baux? Nous ne le pensons pas. Les attributions impératives sont a priori sans effet sur la possibilité de l'arbitrage (P. ANCEL art. préc. n° 81). C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour d'appel de Beyrouth relevant que : *« La compétence impérative du juge unique libanais n'est pas en contradiction avec la validité d'une clause d'arbitrage relative à un litige résultant d'un bail d'habitation »* (Beyrouth 3^e ch., arrêt n°1815/2004, UNRWA, 26 octobre 2004, Rev. lib. arb. 2004 n°32 p 24, Al Adl 2005 p 170).

En plus de la compétence impérative, on a relevé que la matière des baux doit être considérée comme inarbitrable au motif que certaines législations réglementant la matière sont considérées d'ordre public. Cet argument ne tient pas non plus. En effet, il est acquis que la simple existence d'un lien avec l'ordre public ne dessaisit pas l'arbitre qui, en plus du pouvoir d'appliquer les règles d'ordre public, peut les sanctionner. Dès lors, il appartiendra à l'arbitre dans chaque cas d'espèce de s'assurer de la compatibilité de la clause compromissoire et de son objet avec l'ordre public. En ce sens, la Cour d'appel de Beyrouth réfutant qu'il puisse exister une interdiction générale d'arbitrage, admet, dans l'espèce précitée la validité de la clause compromissoire en matière de baux d'habitation, *« fussent-ils soumis à des lois d'exception »*, en se fondant sur la volonté des parties, qui *« malgré leur connaissance de l'existence de telles lois », « ont décidé de recourir à l'arbitrage comme mode de règlement des litiges qui naîtraient du contrat »* (Beyrouth 3^e ch, arrêt 1815, 26 octobre 2004 préc.). Néanmoins, la cour subordonne la validité de la sentence à l'application par l'arbitre des règles d'exception ou d'ordre public (Beyrouth, 3^e ch., arrêt n°1815, 26 octobre 2004, préc.; v. aussi JU Metn 1^e avril 1998, Al Adl 1999/1 p 134 note A. GHOUSSOUB). De même, dans un arrêt du 12 janvier 1968, la Cour de Cassation française (Cass. civ. 12 janvier, 1968, JCP G 1968, II-15483 note DESINY) s'est expressément prononcée en faveur de la fixation d'un loyer par un arbitre intervenue dans *«les limites du maximum et du minimum autorisées par la loi»*.

118 Prorogation du bail et prorogation de la convention d'arbitrage. La question est de savoir si la prorogation du bail emporte par elle même prorogation de la clause compromissoire ? Le principe de l'autonomie de la clause suppose un consentement distinct des parties. Par conséquent, la clause compromissoire devrait s'éteindre à l'expiration du contrat de bail sauf prorogation légale ou conventionnelle. Dès lors, les parties ne pourront plus valablement saisir les arbitres s'agissant les litiges naissant du contrat de bail prorogé (Cass. lib. civ. 1^e, 8 juillet 1959, IDREL, p 264). Jugé que la prorogation du bail en vertu de lois

MATIERES

exceptionnelles ne concerne que le droit du locataire à occuper le lieu loué et ne s'étend pas à la clause compromissoire, une clause expresse est nécessaire à cet effet (Pdt trib. 1^e Inst. Beyrouth, 5 avril 2004, Rev. lib. arb. 2007 n°44 p 46). Néanmoins, le caractère accessoire de la clause par rapport au contrat prorogé milite pour une prorogation automatique. La prorogation du contrat de bail doit emporter prorogation de la convention d'arbitrage sans acceptation spécifique. Ainsi, jugé que la prorogation du contrat contenant une clause compromissoire entraîne prorogation de cette clause (Beyrouth 3^e ch., arrêt n°1815/2004, UNRWA, 26 octobre 2004 préc.).

119 Baux commerciaux. La validité d'une convention d'arbitrage ne pose pas de problèmes s'agissant des baux commerciaux. Dans un arrêt du 16 janvier 1996 la Cour d'appel de Beyrouth a admis la validité d'une clause d'arbitrage en amiable composition insérée dans un contrat de vente portant sur un fonds de commerce. Elle a affirmé que cette clause est une *"clause valable et légale en vertu de l'article 762 et suivants NCPC"* (Beyrouth 16 janvier 1996, Rev. jud. lib. 1996, p 845. Sur la validité d'une clause compromissoire insérée dans un contrat de location-gérance ; JU Metn jgt n°52, 25 janvier 2001, Rev. lib. arb. 2002 n°23 p 30 ; J. ROBERT, L'arbitrage en matière de vente de fonds de commerce, Rev. arb. 1963, p 47). Cependant, nous pensons que l'arbitrage sera sanctionné s'il porte atteinte à la fixation du prix du bail révisé ou s'il altère les garanties contre une éviction inéquitable du preneur par le bailleur. Comme le relève un auteur *"le lacis des dispositions protectrices du preneur à bail commercial est tel qu'il paraît laisser peu de place à l'arbitrage"* (P. LEVEL note sous Cass. civ. 2^e, 13 décembre 1978, Rev. arb. 1979, p 359). En effet, l'article 9 et suivants du décret-loi libanais n° 11 du 11 juillet 1967 relatif au fonds de commerce, prévoit les conditions de la demande en révision du loyer et ses modalités, précisant qu'à défaut d'accord entre les parties, le montant du loyer sera fixé par la juridiction compétente.

SECTION 14 : DROIT DES SOCIETES

La question de l'arbitrabilité des litiges relatifs aux sociétés commerciales ne soulève pas de problèmes particuliers en droit libanais dans la mesure où ce droit rend possible l'arbitrage tant en matière commerciale qu'en matière civile (Cf art. 762 NCPC lib). En revanche, la question se pose en droit français du fait que la clause compromissoire ne peut porter sur les matières civiles mais sur les matières commerciales et, depuis la loi n°2001/420 du 15 mai 2001 reformant l'article 2061 du code civil, sur les *"contrats conclus à raison d'une activité professionnelle"*.

120 Pacte social. Aux termes de l'article L 411-4 du Code français de l'organisation judiciaire : *"Les tribunaux de commerce connaissent : 1- des contestations relatives aux engagements entre commerçants et entre établissements de crédit ou entre eux ; 2- des contestations relatives aux sociétés commerciales ; 3- des contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. - toutes les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessous énumérées"*. Ainsi, le législateur français a posé le principe de l'arbitrabilité des litiges relatifs aux sociétés commerciales et, dans la mesure où la société est commerciale (Paris 5^e ch., 14 juin 2002, Gaz. Pal. Rec. 2002, somm. p 1813, J. n°355, 21 décembre 2002, p 11; V. B. HANOTIAU, L'arbitrabilité des litiges en droit des sociétés, Mélanges RAYMOND, Litec 2004, p 97). A ce propos, la jurisprudence française ne valide la clause compromissoire que dans la mesure où le litige *"met en cause l'existence, les termes et l'application du pacte social"* (Amiens 18 février 1959 D. 1959, 321 note J. HEMARD; v. D. COHEN op. cit. n° 137 sp. 66s; Cass. com. 6 décembre 1966 D. 1967, p 267). Le pacte social ne se limite pas aux statuts de la société (Cf D. COHEN op. cit. n° 143, 68) : *"il est le reflet de l'engagement social, qui peut se trouver éclaté entre divers documents: statuts, règlement intérieur, protocoles, accords divers entre associés ...; à l'image de l'affectio societatis, il existe à la création de la société mais aussi lors de son fonctionnement"*. Il en résulte que le pacte social sera mis en cause chaque fois qu'on établira un lien avec la société, chaque fois que les litiges naîtront *"à propos de la constitution, du fonctionnement, ou de la liquidation d'une société, et qui mettent en cause des intérêts sociaux"* (Trib. gr. inst. Seine 29 novembre 1960, D. 1961, p 104). En revanche,

MATIERES

tout différend trouvant son origine "*en dehors du pacte social*" ne peut valablement faire l'objet d'une clause d'arbitrage (Paris 11 mai 1957, D. 1957 somm. comm., p 111).

121 Cession de droits sociaux. La question est de savoir si l'on peut valablement soumettre à l'arbitrage le règlement des différends relatifs aux cessions de droits sociaux (actions ou parts sociales) ou opérations voisines (protocoles ou promesses) en raison de la nature, en principe, civile, de la cession d'actions ? Cette question ne présente aucun intérêt en droit libanais dans la mesure où l'article 762 NCPC libanais admet l'arbitrabilité des matières civiles. En revanche, elle est posée en droit français en raison de la prohibition de l'arbitrage en matière civile. A ce propos, il convient de souligner que la conclusion d'un compromis, une fois le litige né, est parfaitement valable et ne pose pas de problèmes particuliers. Le législateur français admet la validité du compromis. Mais s'agissant la clause compromissoire, celle-ci n'est valable que si elle est conclue entre commerçants (Cass. com. 11 octobre 1971, D. 1972, p 688, F. GRIVART de KERSTRAT; Paris 17 octobre 1960, D. 1961, 199, J. HEMARD; Dijon, 27 novembre 1990, Dr. sociétés 1991 n° 434; Rev. soc. 1992, 124 Y. G., nullité d'une clause compromissoire). Les cessions d'actions ne sont pas assimilables à des actes de commerce (Cass. com. 5 décembre 1966, D. 1967, jur. p 409, note J. SCHMIDT). Il en résulte que la clause n'est pas valable parce qu'elle n'intéresse pas la société. Néanmoins, la jurisprudence admet la validité de la clause compromissoire si l'acte qui l'inclut est commercial par la forme. Tel sera le cas lorsque la cession de la quasi-totalité des actions entraîne le contrôle d'une société par une autre (V. Dijon, 25 juin 2002, Gaz. Pal., Rec. 2002, somm. p 1810, J. n°355, 21 décembre 2002, p 12). Il en est de même en cas de cession portant sur la totalité du capital d'une société et entraînant, de ce fait, un transfert de contrôle; la clause compromissoire figurant dans cet acte est valable (Cass. com. 2 juillet 2002 Bull. Joly 2002, p. 1179 § 252, note F. FAGES ; Gaz. Pal., Rec. 2002, somm. p 1810, J. n°355, 21 décembre 2002, p13; Paris 1^e ch., 25 janvier 2001, Gaz. Pal., Rec. 2001, somm. p 1898, J. n°321, 17 novembre 2001, p 26 note X).

SECTION 15 : DROIT DE LA FAILLITE

122 Clause compromissoire et syndic de faillite. Une première question est de savoir si la clause compromissoire conclue avant la déclaration en faillite du débiteur est opposable au syndic de faillite ? La jurisprudence considère que le débiteur reste en principe lié par la convention d'arbitrage qui reste opposable à ses créanciers et aux organes de la faillite (Cass. com. 12 février 1985, Rev. arb. 1985, p. 275, note P. ANCEL). Cette solution doit être approuvée : le conflit concerne l'exécution d'un contrat antérieur à l'ouverture de la procédure collective et cette dernière n'a pas d'influence sur la contestation qui se serait de toute façon produite ; la clause compromissoire peut être considérée comme un acte de gestion normale et à ce titre doit être respectée (V. Paris 1^e ch., 30 mars 1999, D 1999 Inf. rap., p 125). Cependant, l'opposabilité de la clause aux organes de la faillite ne se conçoit qu'à propos des litiges nés du contrat qui la contient. On ne saurait l'étendre aux litiges directement nés de l'ouverture de la procédure collective (Cass com. 14 janvier 2004 et 2 juin 2004 (2 arrêts) Rev. arb 2004, 2^e esp. p 596 note P. ANCEL ; JCP G 2004, act. n°69 p 173 et act. n°283 p 1104 ; Act. Proc. Coll. n°6, 26 mars 2004 n°77 obs. N. FRICERO). La clause compromissoire est étrangère à ces litiges et par conséquent, l'arbitre était incompétent pour en connaître. En effet, les litiges opposant le débiteur-failli et les organes en charge de la procédure de la faillite, sont étrangers à la mission arbitrale et échappent dans tous les cas au domaine de la clause d'arbitrage (V. P. ANCEL et N. FRICERO, notes préc.).

123 Faillite et compétence de l'arbitre. Une deuxième question est de savoir quelle est l'influence de la faillite sur la compétence même de l'arbitre ? Doctrine et jurisprudence s'accordent à dire que la simple déclaration de la faillite n'emporte pas en elle-même ipso facto l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage (P. ANCEL, Arbitrage et procédures collectives, préc. n°26s). **D'une part**, la règle de l'exclusivité de la compétence du tribunal de première instance du lieu du principal établissement commercial (Cf. art. 490 CCL) n'exclut pas, par principe, la compétence de l'arbitre pour connaître des litiges entre le débiteur et son créancier (P. ANCEL note Rev. arb. 2004 p 596s spéc p 600 ; JCP G 2004 Act n°283 p 1104); ainsi, l'arbitre

reste compétent pour connaître des litiges nés des contrats antérieurs contenant une clause compromissoire (cf Cass. civ. 2 juin 2004, arrêt, préc., 3^e esp.). **D'autre part**, si l'arbitre reste compétent, c'est parce qu'il lui revient de se prononcer sur sa propre compétence. Ainsi dans son arrêt du 2 juin 2004, la Haute Cour approuve la Cour d'appel qui a « *constaté que la clause d'arbitrage n'était pas discutée quant à sa validité et a rendu que le juge commissaire, saisi d'une contestation, ne pouvait se déclarer compétent* » (Cass. com. 2 juin 2004, Rev. arb. 2004, 1^{ère} et 3^e esp. Arrêts préc.). En effet, le cas contraire, c'est-à-dire, au cas où la validité de la clause compromissoire est contestée, il appartient à l'arbitre, par priorité, de se prononcer sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire (Dans le même sens, Cass. com. 4 mars 2003, Gaz. Pal., Rec. 2003, somm. p 1849, J. n°151, 31 mai 2003, p. 20). Néanmoins, si le tribunal arbitral est compétent pour apprécier sa propre compétence, il est "*beaucoup plus difficile d'admettre qu'il puisse avoir barre sur une juridiction d'Etat et soit habilité à trancher sur la compétence de cette dernière*" (J. BÉGUIN, Chronique de droit de l'arbitrage JCP 2008, I 164; A. LIENHARD D. 2008 p 478). Par conséquent, il y a lieu d'appliquer à l'arbitrage interne la règle générale en vertu de laquelle la juridiction compétente pour juger en appel de la compétence du juge commissaire est la cour d'appel (Cass. com. 22 janvier 2008, JCP G 2008, I-164 n°4 obs. J. BÉGUIN; LIENHARD obs. préc.; Rev. arb. 2009 p 145 note P ANCEL. V. Cass. com. 10 octobre 1995 D 1996, somm. 87 obs. A. HONORAT; arrêts préc.).

124 Faillite et procédure arbitrale. Une troisième question est de savoir quelle est l'influence de la faillite sur le déroulement de la procédure arbitrale ? Plus particulièrement, la règle de la cessation des poursuites individuelles relevée à l'article 503 du code de commerce libanais sera-t-elle appliquée ? Le créancier à l'action arbitrale devra-t-il se soumettre à la procédure de vérification des créances relevant du juge-commissaire comme le précise l'article 551 alinéa 2 du code de commerce libanais ? Si le tribunal arbitral a été constitué avant le déclenchement de la procédure arbitrale, celui-ci reste compétent pour statuer sur la créance litigieuse mais « *il ne pourra le faire qu'en respectant les règles très particulières qui, dans les procédures collectives régissent les actions en justice contre le débiteur* » (P. ANCEL, note préc. p 606). L'instance arbitrale en cours, sera « *suspendue* » conformément à l'article 503 du code de commerce libanais (Cf art. L 621 - 40 et L. 621-41 CCfr.) pendant le temps nécessaire à la déclaration de la créance. Ensuite, elle sera reprise mais « *tendra uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leurs montants* » (Art. L. 621-41 CCfr). Il en résulte que : « *L'arbitre ne pourra que constater que le demandeur a une créance et fixer son montant, mais il ne pourra pas condamner le débiteur à la payer : le paiement s'effectuera nécessairement en suivant les règles propres à la procédure collective* » (P. ANCEL note préc. et les arrêts cités ; Ph. FOUCHARD, art. préc., Rev. arb., 1998. p 490). En revanche, si le tribunal arbitral n'a pas encore été constitué au jour de l'ouverture de la procédure de faillite, celui-ci ne peut plus être régulièrement constitué qu'à l'issue de la déclaration par le juge – commissaire de son incompétence à connaître du bien-fondé ou mal-fondé de la créance vérifiée après sa déclaration et ce, en vertu du principe de la compétence-compétence (Cass. com. 14 janvier 2004 et 2 juin 2004, préc.). Ce faisant, la Haute Cour indique la *chronologie à respecter* : d'abord, il faut déclarer la créance, ensuite vérifier la créance sous l'autorité du juge-commissaire. Par la suite, celui-ci doit déclarer son incompétence pour trancher le litige relatif à la créance ; enfin, les parties procéderont à la constitution du tribunal arbitral afin qu'il statue sur le litige relatif à cette créance (Cf JCP G 2004, Act n°283 p 1104. Sur la question : Cf. P. ANCEL, Arbitrage et procédures collectives, Rev. arb. 1983 p 255 article mis à jour après la loi française de 1985, Rev. arb. 1987 p127 ; Ph. FOUCHARD, Arbitrage et faillite, Rev. arb. 1998 p 471 ; note et chronique de jurisprudence, Rev. arb. 2003 p131 et p 207; H. CROZE et Y. REINCHARD, Procédures collectives et arbitrage : Conseils pratiques aux parties et aux arbitres, JCP E et A, 2005 n°567; D. MOURALIS, L'arbitrage face aux procédures conduites en parallèles, thèse Aix 2008).

SECTION 16 : DROIT DE LA CONCURRENCE

125 Ordre public et concurrence. Le caractère d'ordre public des règles relatives à la concurrence n'est pas de nature à interdire, *a priori*, à la juridiction arbitrale de connaître d'un litige de nature contractuelle ou quasi-contractuelle à propos duquel ces règles sont

MATIERES

invoquées. L'arbitrabilité du litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public concurrentiel est mise en cause. L'arbitre reste saisi, et applique les règles du droit de la concurrence et sanctionne la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation. Ce principe a été consacré par l'arrêt Labinal rendu par la Cour d'appel de Paris le 19 mai 1993 (Paris 1^e ch., 19 mai 1993, Rev. arb. 1993, p 645 note Ch. JARROSSON, JDI 1993, p 957 note L. IDOT ; V. aussi Paris 14 octobre 1993, Rev. arb. 1994, p 164 note Ch. JARROSSON) et repris dans un deuxième arrêt rendu par la même Cour en date du 12 septembre 2002 (Paris 1^e ch., 12 septembre 2002, Rev. arb. 2003 p 173s note M.-E. BOURSIER) s'agissant un contrat de travail, comportant lui-même une clause de non-concurrence conclu en même temps qu'un protocole (M.-E. BOURSIER, préc. Sur la compétence de l'arbitre à définir la dépendance économique : Cass. com. 7 janvier 2004, JCP E 2004 panor. n°315). Le pouvoir de l'arbitre se déploie surtout en matière internationale dans la mesure où la violation de l'ordre public international au sens de l'article 1502 alinéa 5 CPC français doit être « *flagrante, effective et concrète* ». Ainsi, lorsque l'objet anticoncurrentiel ou les effets anticoncurrentiels ne satisfont pas à la règle de l'article 1502 alinéa 5, il y a forte chance que le juge de l'annulation refuse d'exercer le contrôle (Paris 1^e ch., 18 novembre 2004, JCP G 2005, II-10038 note G. CHABOT ; JCP E 2005, Chron. Droit de l'arbitrage, 676 note Ch. SERAGLINI).

126 Office de l'arbitre. L'aptitude de l'arbitre à connaître des comportements anticoncurrentiels ne se pose pas seulement en termes de compétence mais également en termes de devoir (V. W. AB-DELGAWAD, Arbitrage et droit de la concurrence, contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé, préf. E. LOQUIN, LGDJ 2001 p 286s). C'est la position de la jurisprudence arbitrale aussi bien interne qu'internationale. Ainsi, dans une affaire où aucune des parties n'invoquait le fait que le contrat répartissant les marchés était contraire au droit français de la concurrence, les arbitres n'ont pas soulevé d'eux-mêmes cette question, ordonnant l'exécution. La Haute Cour a annulé leur sentence au motif que « *l'objet du compromis était contraire à l'ordre public* » (Cass. com. 21 octobre 1981, Rev. arb. 1982 p 264 note J.-B. BLAISSE. Dans le même sens voir Rotterdam, 22 juillet 1964, Rev. arb. 1965, p 28 ; dans cette sentence, les arbitres ont soulevé d'office leur incompétence en raison de l'illicéité (non alléguée par les parties) du contrat dont ils avaient à connaître). De même, dans une sentence arbitrale CCI prononcée dans l'affaire n°8423 en 1998, on lit : « *Le droit communautaire de la concurrence étant considéré d'ordre public international, il appartient au tribunal (arbitral) de se saisir d'office de la question, même en l'absence de toute contestation de la part des parties* » (JDI, 2002, 1079 Obs J.- J ARNALDEZ). L'obligation pour les arbitres d'assurer le plein effet du droit européen de la concurrence vaut également lorsque le contrat ne désigne pas un droit applicable au fond (V. CJCE 1^e juin 1999, aff. G. 126/97, Rec. I-3055 point 38 ; 14 décembre 1995, affaires jointes G-430/93 et C-43/93, Rec. 1995, I-4705, sp. point 15).

127 Limites du pouvoir de l'arbitre. L'arbitre n'est pas une autorité publique chargée par la loi d'assurer la police économique. Mandaté par les parties pour mettre fin à un litige, exerçant une forme de justice privée, il n'a ni vocation à, ni compétence pour, se substituer aux autorités de régulation. Son intervention s'arrête assurément là où commence la compétence exclusive ou impérative des autorités de concurrence. L'arbitre est donc dépourvu de pouvoirs en matière de contrôle des concentrations et de contrôle d'aides d'Etat. S'agissant l'application des articles 81 et 82, il ne peut pas prononcer d'amendes, astreintes ou injonctions qui relèvent des seules autorités de concurrence. Avant la réforme du règlement 17, il était également bien établi qu'il ne pouvait pas non plus octroyer le bénéfice d'une exemption individuelle (H. LESGUILLONS, La solitude pondérée de l'arbitre face au droit de la concurrence, Gaz. Pal, Rec 2003, cahiers de l'arbitrage, Doct p 17s).

SECTION 17 : COPROPRIETE

128 Arbitrabilité. Le décret-loi libanais n°88 du 16 septembre 1983 relatif à « *la réglementation de la copropriété dans les bien-fonds construits* » n'évoque nullement la question de l'arbitrabilité. Aucun texte de loi ne l'interdit. Aussi faut-il admettre la validité de la clause compromissoire en matière de copropriété d'autant plus que l'article 762 NCPC libanais

MATIERES

admet expressément la validité d'une telle clause dans les contrats civils (Sur la validité d'une clause compromissoire insérée dans un règlement de copropriété, v. Beyrouth 10^e ch., 8 juillet 1998, Rev. jud. Lib. 1998 p 662). De même, les parties doivent pouvoir compromettre sur un litige né et actuel par le biais d'un compromis d'arbitrage.

129 Syndic de copropriété. La question est de savoir si le syndic agissant en tant que représentant du syndicat a le pouvoir de compromettre au nom de celui-ci ? Le syndic agit en tant que mandataire. Or, le mandataire, n'a pas la capacité de disposer en vertu de son mandat, donc, il ne peut pas compromettre. Cela résulte de l'article 778 alinéa 2 COC qui interdit au mandataire de compromettre faute de mandat exprès. Le syndic ne dispose que des pouvoirs d'administration (D/L n°88 du 16 septembre 1983, art 23). Il ne peut donc compromettre de sa seule initiative au nom du syndicat. Cela résulte également de l'article 33 du décret n°88/1983 interdisant « *tout acte de disposition à l'assemblée générale que s'il est pris à l'unanimité des voix des copropriétaires* », la conclusion d'une convention d'arbitrage étant en principe un acte de disposition. Concrètement, l'assemblée générale doit voter mandat au syndic de mettre fin à tel ou tel litige. La décision doit être votée à l'unanimité (Art. 33 décret n°88/1983). Si la décision est adoptée, il est ensuite passé une convention d'arbitrage entre le syndic ès qualité et chacun des copropriétaires. Le procès-verbal de l'assemblée générale et la convention d'arbitrage sont notifiés par le syndic aux copropriétaires en précisant que tout copropriétaire a la faculté d'intervenir volontairement à l'arbitrage ou sur sa demande écrite à l'arbitre d'être entendu au cours des réunions d'arbitrage. Le syndic saisit l'arbitre qui prononce sa sentence. La sentence est déposée auprès du greffe du tribunal compétent aux fins d'obtenir l'exequatur. Si l'exequatur est délivré, la décision doit être notifiée à tous les copropriétaires.

130 Litiges arbitrables. La question est de savoir si l'arbitrabilité concerne tous les litiges issus du règlement de copropriété ? L'article 78 du décret loi n°88/1983 énonce expressément que : « *Les articles 25, 26, 27, 29, 33, 36, 41, 47, 48, 49 et 73 du décret sont considérés comme des textes d'ordre public* ». Or, l'article 41 soumet le recours en annulation des décisions de l'assemblée des actionnaires à la compétence du tribunal du lieu du bien-fonds. Néanmoins, la simple existence d'un lien entre le droit litigieux et l'ordre public ne suffit pas à rendre la matière inarbitrable ni à décliner la compétence de l'arbitre : il appartient à l'arbitre de se prononcer par priorité sur sa propre compétence. De même, la compétence de l'article 41 du décret n°88/1983 est une stricte compétence territoriale qui ne doit pas s'appliquer à la clause compromissoire fondant une compétence d'attribution.

SECTION 18 : INDIVISION

131 Propriété de la quote-part et propriété de la chose indivise. L'indivision ou la quasi-société est définie par l'article 824 COC libanais comme « *l'état de droit, volontaire ou forcé, dans lequel une chose ou un droit se trouve appartenir à plusieurs personnes conjointement et par indivis* ». Ce régime peut s'appliquer aux choses mobilières ou immobilières. L'indivision organise une propriété de chaque indivisaire sur sa quote-part et une propriété sur la chose en elle-même. Dans le premier schéma, chaque indivisaire a une quote-part de la chose indivise qui s'exprime par une fraction : la moitié, le tiers, etc. Le droit portant sur cette fraction est un droit individuel dont le titulaire peut librement tirer partie sous réserve des dispositions des articles 826 et 827 COC libanais. Il en résulte que l'indivisaire pourra valablement engager tous litiges relatifs à sa quote-part par l'arbitrage. En revanche, si l'on considère la chose en elle-même, la situation est différente ; il n'y a sur elle aucun droit individuel et indépendant pour chacun des coindivisaires, mais un droit commun à tous et qui ne peut s'exercer que d'un commun accord. Les actes de disposition et même d'administration supposent le consentement unanime. En effet, l'article 836 COC libanais énonce que : « *Les décisions de la majorité n'obligent pas la minorité, lorsqu'il s'agit : 1) d'actes de disposition et même d'administration qui atteignent directement la propriété* ». Il en résulte que les actes de chacun, et en particulier la conclusion d'une convention d'arbitrage

MATIERES

relatifs à la chose supposent le consentement des autres. En effet, l'indivisaire ne dispose pas de la chose en elle même mais, limitativement, de sa propre quote-part.

SECTION 19 : DROIT DE LA CONSOMMATION

132 Arbitrabilité. La consommation est règlementée en droit libanais en vertu de la loi n°659 du 4 février 2005 entrée en vigueur le 10 mai 2005 relative à « *la protection du consommateur* » (JO n°6, 10 février 2005 p 426s). Cette loi traite des droits du consommateur (Art. 3), de l'obligation de son information (Art. 4), de la publicité trompeuse (Art. 11), de la distribution par offre spéciale (Art. 15), de la relation contractuelle entre les professionnels et les consommateurs (Art. 17), de la garantie du professionnel (Art. 28), de la sécurité relative au produit ou service (Art. 35), des agissements illicites (Art. 48), des opérations effectuées par la professionnel à distance ou au domicile du consommateur (Art. 51), du rôle de l'Etat dans la protection du consommateur (Art. 60), des groupements de consommateurs (Art. 67), de l'inspection des infractions (Art. 71), de la résolution des litiges (Art. 82) et des différentes sanctions notamment, pénales (Art. 105s). Conformément à l'article 26 de la loi n°659/2005 : « *Constitue une clause abusive, nulle de nullité absolue toute clause prohibant le recours à la médiation ou à l'arbitrage en vue de résoudre les conflits conformément aux dispositions de cette loi* ». Ainsi, la clause interdisant l'arbitrage est abusive et donc nulle. Il en résulte, a contrario, que la loi n°659/2005 consacre expressément la validité de l'arbitrage en matière de consommation sous réserve de respecter les dispositions de ladite loi.

133 Compétence-compétence. En droit français la saisine de l'arbitre d'un litige en rapport avec le droit de la consommation est favorisée par le principe de la compétence – compétence qui permet à l'arbitre de se prononcer par priorité, sur la relation du litige avec ladite loi. Ainsi, s'il constate l'existence de cette relation, il prononcera son incompétence suite à la nullité de la clause compromissoire. Au cas contraire, il rejette l'exception et rend la sentence, le tout sous le contrôle du juge de l'annulation (Paris 14^e ch., 2 avril 2003, Gaz. Pal., Rec. 2003, somm. p 1848, J. n°151, 31 mai 2003, p 23 Rev. arb. 2005, 2^e esp. p 118 note X BOUCABZA). Cela, sauf preuve de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage auquel cas la juridiction étatique retrouve sa compétence (Paris 1^e ch., 28 avril 2004, Rev. arb. 2004 p 123 4^e esp. note X. BOUCOBZA). Le principe de la compétence-compétence se déploie en matière internationale grâce notamment au principe de l'autonomie de la convention d'arbitrage (Cass. civ. 1^e ch., 30 mars 2004, JCP E 2004, p 845 ; RTD com 2004, p 447 obs. E. LOQUIN ; JCP E 2005 chron Droit de l'arbitrage, 676 note Ch. SERAGLINI). Néanmoins, jugé par la CJCE que la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle implique qu'une juridiction nationale saisie d'une recours en annulation d'une sentence arbitrale apprécie la nullité de la convention d'arbitrage et annule cette sentence au motif que ladite convention contient une clause abusive, alors même que le consommateur a invoqué cette nullité non pas dans le cadre de la procédure arbitrale, mais uniquement dans celui du recours en annulation (CJCE 26 octobre 2006, Rev. arb. 2007, somm p 131).

SECTION 20 : ASSURANCES A PRIMES

134 Arbitrabilité. Le code des obligations et des contrats admet la validité de la clause compromissoire insérée dans un contrat d'assurance à primes. En effet, dans l'énumération des mentions que doit contenir le contrat d'assurance, l'article 964 COC libanais énonce qu'il doit indiquer : « *La soumission des parties à des arbitres, en cas de contestation, si elle a été convenue* ». Cette disposition est en harmonie avec l'article 762 NCPC libanais admettant la validité de la clause compromissoire en matière civile. Tel n'est pas le cas du droit français puisque le législateur limite le champ d'application de la clause compromissoire aux seules relations contractuelles conclues à raison d'une activité professionnelle (En réalité, la prohibition de la clause compromissoire remonte au célèbre arrêt de la Cour de

MATIERES

cassation qui a invalidé de façon générale, la clause compromissoire : Cass. civ. 10 juillet 1843, S. 1843. 1. 561, note DEVILLENEUVE, concl. A.-G. HELLO ; Rev. arb. 1992, p 399). Par conséquent, en droit français des assurances, un obstacle se dresse, puisque dans la majorité des hypothèses les litiges n'opposent pas de telles personnes (J. BIGOT, Arbitrage et assurances, Mélanges Lambert FAIVRE, Dalloz). Néanmoins, les personnes civiles ne sont pas tout à fait démunies : elles peuvent établir un compromis selon les articles 1447 NCPC français qui leur permet d'avoir recours à un arbitre chargé de régler le litige déjà né ou procéder à une médiation (NICOLAS, La procédure extrajudiciaire : arbitrage et médiation, in Traité de droit des assurances, Tome 3, Le contrat d'assurance sous la direction de J. BIGOT, LGDJ 2002 n°1847 ; G. DURRY, Quelques remarques sur l'arbitrage et la médiation en assurance, Gaz. Pal., Rec 1994, 1^e sem, Doct p 736s; V. B. BEIGNIER, Assurance et arbitrage, la place de l'assureur dans l'instance arbitrale, Rev. arb. 2008 p 227; F. TURGNE, préf. J. KULLMANN L'arbitrage en matière d'assurance et de réassurance Economica 2007 coll. Assurance, audit, actuariat).

135 Conseil arbitral d'assurance. La procédure arbitrale de l'article 964 COC libanais doit être distinguée de celle instituée par le décret-loi n°9812 du 4 mai 1968 relatif à « *l'organisation des organismes d'assurance* ». En effet, conformément à l'article 48 de ce décret tel que modifié par l'article 1 § 27 de la loi n°94 du 18 juin 1999, il est institué auprès du ministère de l'économie et du commerce « *un Conseil arbitral d'assurance* » pour connaître « *des litiges relatifs aux demandes financières résultant des contrats d'assurance maladie et hospitalisations ainsi que des contrats d'assurance des voitures, véhicules et accidents de circulation* ». Ce Conseil arbitral est une véritable juridiction présidée par un magistrat retraité ou en fonction désigné ainsi que deux autres membres composant le Conseil, par décret ministériel. En outre, un commissaire au gouvernement participe et siège aux audiences (Ce conseil fut composé par décret n°8321 du 5 août 2002 ; JO n°45, 15 août 2002 p 5486).

136 Litiges arbitrables. Le domaine de l'arbitrage n'étant pas délimité par le code des obligations et des contrats, ce mode de règlement des litiges doit être valablement accueilli quelle que soit la « chose » assurée : marchandises, prestations, incendies, accidents et même, s'agissant des assurances sur la vie. Plus particulièrement, la clause peut porter sur la détermination du taux d'incapacité consécutive à l'accident qui peut donner lieu à litige entre assureur et assuré, notamment, pour le calcul des prestations à l'invalidité permanente. Ce type de litige peut survenir entre l'assureur et l'assuré en raison du caractère forfaitaire de la plupart des prestations dues par l'assureur dans l'assurance contre les accidents corporels. Mais encore faut-il qu'il s'agisse d'un véritable arbitrage et non d'une conciliation ou d'une clause d'expertise.

137 Acceptation. La convention d'arbitrage ne produit valablement ses effets que si l'assuré a pris connaissance et accepté la procédure d'arbitrage. Jugé que l'assuré, qui a signé un bulletin d'adhésion aux contrats d'assurance groupe de la compagnie ne comportant pas de précisions suffisantes et auquel on oppose à la fois une police d'assurance vie et une assurance incendie accident, cette dernière prévoyant une procédure d'arbitrage en cas de désaccord médical, est fondé à soutenir que cette procédure ne lui est pas opposable. En ce cas, cependant, il ne peut prétendre se prévaloir de la clause de la police en question, l'autorisant à apporter la preuve de l'incapacité de travail alléguée par un simple certificat de son médecin traitant. Cette clause du contrat, en effet, ne se conçoit qu'en contrepartie de la faculté donnée à l'assureur de provoquer un examen médical et du règlement du différend par la procédure d'arbitrage, qui forment un tout cohérent et indissociable (Montpellier 1^e ch., 13 mars 2001, Gaz. Pal., Rec. 2002, somm. P 766, n°164, 13 juin 2002, p 8). La convention d'arbitrage n'ayant d'effet qu'entre les parties signataires, est moins efficace dès qu'un tiers est intéressé. C'est la raison pour laquelle l'arbitrage pose des problèmes spécifiques dans les assurances de responsabilité civile (J. BIGOT, Arbitrage et assurance, art. préc.).

138 Réassurance. Les contrats de réassurance peuvent contenir des clauses compromissoires. Ces clauses, valables en droit libanais, doivent l'être également en droit français dans la mesure où l'opération de réassurance met en cause des professionnels avertis. L'intérêt d'une telle clause est certaine dans la mesure où l'activité des réassurances s'exerce la

MATIERES

plupart du temps hors de leurs frontières nationales (Sous la direction de J. BIGOT, Droit des assurances, Tome 1, Entreprises et Organismes d'assurance, 2^e éd. LGDJ 1996 n°761 p 571). Les parties se soucieront alors du lieu du siège du tribunal arbitral, de la loi applicable, tenant compte des lois internes d'ordre public, du lieu de l'exécution de la sentence à peine de son inefficacité.

PARTIES A L'ARBITRAGE

CHAPITRE 2 : PARTIES A L'ARBITRAGE

La convention d'arbitrage est un contrat et doit, à ce titre, réunir les conditions générales de validité des contrats. Si l'existence de l'élément objectif à savoir l'objet du litige précédemment évoqué est nécessaire, elle n'est cependant pas suffisante. Encore faut-il s'assurer de l'existence du consentement des parties (Section 1) et de leurs capacité et pouvoir (Section 2).

SECTION 1 : CONSENTEMENT DES PARTIES

Nous évoquerons, tour à tour, la validité du consentement (Paragraphe 1), sa formation (Paragraphe 2), et les parties à ce consentement (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1 : VALIDITE DU CONSENTEMENT

140 Droit commun. Le consentement des parties est “*l'âme*” du contrat et de la convention, c'est leur “*armature*” (Art. 176 COC). Le principe est clairement posé: il faut qu'il y ait consentement des parties à la convention d'arbitrage, un engagement personnel de chacune d'elles c'est-à-dire, rencontre des expressions de volonté tendant chacune vers l'arbitrage. Plus particulièrement, la volonté des parties ne doit pas être viciée (V. par exemple Cass. lib. civ. 5^e ch., arrêt n°142, 20 novembre 2001, Rev. lib. arb. 2002 n°21 p 25 constatant l'inexistence de l'erreur obstacle). Pour être valable, le consentement à l'arbitrage doit revêtir deux caractéristiques : il doit être libre - la contrainte à l'arbitrage résultant de la violence est incompatible avec cette liberté nécessaire - et il doit être suffisamment éclairé, c'est-à-dire, que le consentement de l'une des parties ne doit pas être vicié par une erreur spontanée ou provoquée par des manoeuvres constitutives d'un dol. Le problème surgit surtout lorsque l'une des parties à l'accord amiable constate que l'arbitre qu'elle a investi n'était pas suffisamment indépendant de l'autre partie de sorte que son objectivité soit remise en cause. La Cour de Cassation n'hésite pas dans ce cas à annuler la convention d'arbitrage, notamment, lorsque l'arbitre accepté par l'une des parties était sans qu'elle le sache un avocat associé à l'arbitre de l'autre partie (Cass. com. 16 juillet 1964 Bull. civ. III, n° 375; Gaz. Pal. 1964, 2, 371), ou lorsque l'arbitre avait fait à l'insu de la partie qui l'avait accepté une consultation en faveur de la thèse de l'adversaire (Cass. civ. 2^e, 13 avril 1972, Bull. civ. II n° 91 cité par D. VEAUX, art. préc.). Au contraire, une partie ayant été informée dès la désignation de l'arbitre du fait que celui-ci avait été salarié de l'autre partie cinq ans plus tôt, et l'arbitre n'ayant accepté sa mission qu'après que cette partie eût, en pleine connaissance de cause, signé le compromis d'arbitrage, doit être considérée comme ayant consenti à l'arbitrage et ne saurait soutenir que son consentement aurait été vicié par l'erreur commise sur l'impartialité et la neutralité de l'arbitre (Cass. civ. 2^e, 22 novembre 2001, D 2003, somm. p 2472, obs. Th. CLAY).

141 Irrecevabilité. Si le contrat souffre d'un vice quelconque, la partie lésée, et sous réserve de sa qualité, doit s'en prévaloir d'abord devant le tribunal arbitral sous peine d'irrecevabilité du moyen devant le juge de l'annulation (Sur l'irrecevabilité du moyen de l'erreur sur la personne. Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°29, 28 février 2002, Rev. lib. arb. 2002 n°22 p 75; Rec. civ. Sader 2002 p 383). Son silence est en effet interprété comme une renonciation aux vices allégués (Beyrouth 31 février 2008 Al Adl 2008/2 p 687; Beyrouth 20 mai 1996, Ibid. 1997/1 p 65s). Le moyen soulevé devant la Cour d'appel subira le même sort en cas de confirmation des vices allégués ou si le recourant vient contredire devant la cour d'appel ce qu'il a dit devant le tribunal arbitral (Sur l'irrecevabilité du moyen du défaut de pouvoir du PDG : Beyrouth 18 décembre 2008, Al Adl 2009/2 p 638s spéc. p 640).

PARAGRAHE 2 : FORMATION DU CONSENTEMENT

Le consentement est analysé comme une offre suivie de l'acceptation du destinataire. La question est de savoir si l'on peut transposer les règles de droit commun régissant l'offre et l'acceptation à la convention d'arbitrage ?

PARTIES A L'ARBITRAGE

142 Offre. Procédant par élimination, nous dirons qu'il faut d'abord qu'il s'agisse d'une véritable offre au sens juridique du terme, c'est à dire d'une proposition d'arbitrage suffisamment ferme et précise évoquant tous les éléments essentiels du contrat et permettant au destinataire de former le consentement par un simple "oui" (J.-M. MOUSSERON et alii, n° 233s, p 111s; J. GHESTIN op. cit. n° 290, p 261). Conformément à l'article 180 COC l'offre peut être tacite, l'offre d'arbitrage peut-elle être tacite ? Une réponse affirmative s'impose à condition que l'offre se manifeste par écrit. En effet, d'une part, en matière de clause compromissoire, l'écrit, manifestation de la volonté expresse par excellence, est requis à titre de validité conformément à l'article 762 NCPC libanais ; d'autre part, l'article 766 du même code limite les moyens de prouver le compromis à l'écrit. Jugé que lorsque le représentant d'une société formule une offre d'arbitrage qu'il n'a pas signée mais que la partie adverse accepte par sa comparution devant l'arbitre et en débattant du fond du litige avec présentation de mémoires et autres conclusions, l'exigence de la condition de l'écrit est satisfaite dans la mesure où les divers documents présentés sont dûment signés par les représentants des parties à l'arbitrage (Beyrouth 19 octobre 1995, Rev. jud. lib. 1995, p 1024 spéc., p 1030).

143 Acceptation. L'acceptation de la clause compromissoire est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond et qui échappe au contrôle de la Haute Cour (Cass. lib. civ. 5^e, 10 mai 2007, Cassandre 2007/5 p 909; Cass. lib. civ. 1^e, arrêt n°69, 25 mai 1999, Rec. civ. Sader 1999 p 147). Elle peut être expresse ou tacite (Cass. com. 8 novembre 2005, Rev. arb. 2006 p 709 note F.-X. TRAIN; Paris 1^e ch., 1^{er} juin 1999, Rev. arb 2000, p 493). Dans ce dernier cas, elle peut résulter du silence de la partie à laquelle on l'oppose (Paris 6 novembre 2003, Rev. arb. 2003, somm. p 438), du comportement ultérieur des parties dénotant la ratification d'une clause compromissoire préalablement écrite (Beyrouth 3^e ch., arrêt n°977, 7 septembre 2000, Rev. lib. arb. 2000 n°57), de l'application de la théorie de l'apparence (Paris 28 octobre 2004, JCP G 2005 IV-1957), ou de l'exécution du contrat qui la contient (Paris 5 juillet 2006, JCP G 2006, IV-2912).

PARAGRAPHE 3 : PARTIES AU CONSENTEMENT

La question est de savoir si le consentement des parties à la convention d'arbitrage peut s'étendre à des tierces personnes demeurées jusque là étrangères à la relation contractuelle. C'est tout le problème de l'arbitrage dit « **multiparties** » ou « **multipartite** » mettant en cause plusieurs opérateurs à un arbitrage unique.

144 Effet relatif. Sous réserve des dispositions contraires, le principe de l'effet relatif relevé à l'article 225 COC milite contre l'extension ou la transmission de la clause compromissoire : les tiers ne peuvent se prévaloir de la clause, celle-ci ne leur est pas opposable (Cass. lib. civ. 4^e, 22 mars 2006, Cassandre 2006/3 p 614). A cet effet, la jurisprudence recourt à différents fondements : le tiers n'est pas partie au contrat stipulant la clause compromissoire (Cass. com. 1^e, 14 janvier 2004, D 2004, Act p 278 obs. A. LIENHARD); le tiers n'a pas pris connaissance de l'existence de la clause compromissoire (Cass. com. 1^e, 22 juin 1999, Gaz. Pal., Rec. 2000, somm. p 2554, J. n°377, 2 décembre 2000 p 50); l'application d'une clause compromissoire ne peut être étendue à des rapports d'obligations qui ne résultent pas de la convention où elle a été stipulée (Cass. civ. 1^e, 3 juillet 1992, Bull. civ. I n°232). Le principe de l'effet relatif s'applique également en matière d'arbitrage international (Paris 1^{er} juin 1999, JDI 2000, p 370, note E. LOQUIN). Décidé que le principe d'efficacité de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international ne peut, faute d'acceptation expresse ou tacite, justifier à lui tout seul l'extension d'une clause compromissoire à des parties qui ne l'ont pas signée (Paris 11 janvier 1990, Rev. arb. 1992, p 99, note D. COHEN ; JDI 1991, p 141, note B. AUDIT ; RTD com. 1992, p 596 obs. JL DUBARRY et E. LOQUIN). Néanmoins, la politique jurisprudentielle surtout en matière d'arbitrage international tend, de plus en plus, à étendre le rayon des "obligés" par l'arbitrage. Il en est ainsi surtout en cas d'extension aux non contractants (§ 1), de substitution (§ 2) et d'adjonction de contractants (§ 3).

PARTIES A L'ARBITRAGE

(§ 1) EXTENSION AUX NON CONTRACTANTS

La clause compromissoire est étendue à des opérateurs autres que les opérateurs initiaux (1) et au tiers bénéficiaire désigné dans le contrat (2).

1- OPERATEURS AUTRES QUE LES CONTRACTANTS INITIAUX

145 Groupe de sociétés. L'extension de la clause compromissoire est très souvent justifiée par la notion de groupe de sociétés en raison de l'unité d'intérêt des sociétés du groupe (I. FADLALLAH, Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés, Trav. com. Fr. DIP 1984-1985 p 105 ; Ch. JARROSSON, Convention d'arbitrage et groupes de sociétés, in Groupes de sociétés : contrats et responsabilité LGDJ 1994 ; Y DERAÏNS, et J. SCHAF, Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés, RD. Aff. 198 p 221 ; D. COHEN, Arbitrage et sociétés, préf. B. OPPETIT, LGDJ 1993 ; B. HANOTIAU, L'arbitrage et les groupes de société, Gaz. Pal., Rec. 2002, Doct p 6s). Comme l'écrit un auteur averti : « *L'existence du groupe atteste de l'unité d'intérêt de la connaissance des différents documents contractuels, de l'indifférence du tiers à son organisation interne ou de sa croyance légitime qu'il traite avec tout le groupe* » (I. FADLALLAH, op. cit. n°32). L'existence du groupe de sociétés permet aussi de présumer que la filiale, intervenant dans l'exécution du contrat qu'elle n'a pas signé connaissait l'existence et le contenu de la clause compromissoire par l'intermédiaire de la société du groupe qui a négocié le contrat, a fortiori, si elle participait aux négociations, bien que non signataire de la convention. Néanmoins, l'extension de la clause d'arbitrage à l'égard de toutes les sociétés du groupe n'est pas automatique.

146 Solidarité. Parfois l'extension est justifiée par l'effet de solidarité existante entre les contractants. Ainsi, la cour de cassation a admis que par l'effet de la solidarité, s'agissant d'une clause compromissoire contenue dans un contrat conclu entre une firme étrangère et la société chargée de la distribution de ses produits en France, contrat stipulant la responsabilité solidaire de cette société et de ses administrateurs, ceux-ci étaient liés par la clause compromissoire (Cass. com. 13 novembre 1967, Bull. Civ. III, n. 362 cité par D. VEAUX art. préc. n°77).

147 Acceptation. L'acceptation notamment tacite, justifie l'extension de la clause arbitrale. Ainsi la clause sera étendue aux opérateurs non signataires dont la situation contractuelle, activités et relations commerciales habituelles font présumer qu'elles ont accepté la clause compromissoire dont elles connaissent l'existence et la portée (Pdt Trib. 1^e Inst. Beyrouth, 8 mai 2006, Rev. lib. arb. 2007 n°44 p 30). Jugé qu'en application du règlement intérieur de la société coopérative selon lequel la personnalité et l'activité d'une société, personne morale, se confondent avec la personnalité et l'activité de celui ou de ceux qui la contrôlent directement ou indirectement et la dirigent, ledit dirigeant avait nécessairement adhéré à titre personnel à ce règlement et accepté d'être lié par les clauses le concernant directement en tant que dirigeant social, particulièrement la clause d'arbitrage et celle relative au droit de préemption (Cass. civ. 1^e, 22 octobre 2008, JCP G 2008 I-222 n°2 obs. J. PRITSCHHEIDT Rev. arb. 2008 somm. p 846).

148 Participation au contrat. L'opposabilité notamment aux sociétés membres du groupe non signataires de la clause arbitrale, est justifiée par leur participation aux opérations contractuelles de la société à laquelle on entend opposer la clause d'arbitrage. Une telle participation faisant présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause (Paris 30 nov. 1988, Rev. arb. 1989 p 691 note P.Y. TSCHANZ).

149 Volonté des parties. La jurisprudence étend la clause compromissoire lorsqu'elle constate que telle est la réelle volonté des parties. Ainsi, à l'occasion du recours en annulation contre la sentence CCI n°4134 du 23 septembre 1982, la Cour de Paris rejette le recours (Paris 21 octobre 1983 Rev. arb. 1984, p 98, obs. A. CHAPELLE) insistant sur la nécessité de prendre en considération la réelle volonté des parties.

PARTIES A L'ARBITRAGE

150 Bonne foi. Si, en principe, la clause statutaire lie la société et ses associés, elle peut également lier les adhérents à la coopération entrés en relation continue avec elle sans dénoncer la clause compromissoire statutaire et ce, en application du principe de bonne foi (Paris 1^e ch., 13 mars 2003, Gaz. Pal., Rec. 2003, somm. p 1847, J. n°151, 31 mai 2003, p.22).

151 Unité de l'opération économique. La Cour de Cassation recourt également à la notion d'unité de l'opération économique pour étendre les effets d'une clause compromissoire (Cass. civ. 1^e, 30 mars 2004, JCP G 2004, II-10132 p 1534). Ainsi, l'interdépendance contractuelle nécessaire à la bonne fin de l'opération contractuelle justifie l'extension de la clause compromissoire au sein de l'ensemble contractuel auquel elle appartient.

2- BENEFICIAIRES DU CONTRAT

152 Stipulation pour autrui. La question est de savoir si une obligation de compromettre peut être stipulée au profit d'un tiers-bénéficiaire ? Dans un arrêt du 11 juillet 2006 la chambre civile de la cour de cassation décide que " *la clause d'arbitrage contenue dans le contrat liant le stipulant au promettant peut être invoquée par et contre le tiers bénéficiaire d'une stipulation pour autrui* " (Rev. arb. 2006, somm. p 1077; JCP G 2006 II-10183 note C. LEGROS). En effet, l'acceptation globale de la stipulation pour autrui implique l'opposabilité de toutes ses clauses au tiers y compris la clause compromissoire affectant son droit d'action (V. J-L GOUTAL, L'arbitrage et les tiers, le droit des contrats, Rev. arb. 1988, p 449; SEGUIN, L'arbitrage et les tiers, Rev. arb. 1988 vol. 3).

(§2) SUBSTITUTION DE CONTRACTANTS

La substitution de contractants suppose qu'un partenaire contractuel, le cédant, cède à un tiers, le cessionnaire - demeuré jusqu'alors étranger à la relation - l'ensemble des dettes et des créances produites par un contrat donné qui le lie à une autre personne, le cédé. Elle peut intervenir à cause de mort (1) ou entre vifs (2).

1- SUBSTITUTION A CAUSE DE MORT

Le débiteur d'une clause d'arbitrage décède, ses héritiers seront-ils néanmoins tenus de déférer le litige visé par la clause à l'arbitre ? La question doit être envisagée en distinguant selon que le débiteur est une personne physique ou morale.

153 Personne physique. Si le débiteur de la clause d'arbitrage est une personne physique, il faut distinguer selon qu'il s'agit d'un contrat conclu ou non intuitu personae. Si le contrat est conclu en considération de la personne défunte, la clause d'arbitrage ne saurait être étendue aux héritiers. Si le contrat n'est pas conclu intuitu personae et, en l'absence de clause, le droit libanais admet, en principe, le maintien du contrat et donc de la clause d'arbitrage au décès des parties et, donc, la transmission des positions contractuelles à leurs héritiers tenus pour "*continueurs de la personne du défunt*". En effet, l'article 222 COC dispose : « *Les conventions s'étendent aux ayants-cause à titre universel des parties, en faveur desquels ou contre lesquels elles produisent, en principe, leurs effets, soit immédiatement (créanciers), soit après le décès des contractants ou de l'un d'eux (héritiers, légataires universels ou à titre universel)* ». Ainsi, le décès de la partie à l'arbitrage n'éteint pas la clause arbitrale qui continue à produire son plein effet à l'égard des héritiers des parties (En ce sens : Cass. lib. civ. 1^e, arrêt n°57, 30 mai 2000, Rec. civ. Sader 2000 p 131 ; Beyrouth 3^e ch., arrêt n°763, 29 avril 2004, Rev. lib. arb. 2004 n°30 p 39). Cependant, les parties pourront prévoir une clause expresse stipulant que la clause d'arbitrage ne sera pas transmissible au cas de décès de l'une d'entre elles.

154 Personne morale. Si le débiteur de la clause d'arbitrage est une personne morale, sa mort se matérialisera par sa dissolution notamment, par voie d'absorption. La question se pose

PARTIES A L'ARBITRAGE

alors du sort de la clause d'arbitrage conclue par la société absorbée ? Sauf clause contraire, la société absorbante restera liée par la clause d'arbitrage souscrite par la société absorbée. Il en sera de même en cas de fusion par création d'une société nouvelle. Comme l'observe justement un auteur : « *en réalité c'est le droit commun des fusions qui justifie la solution: la société absorbante est l'ayant – cause à titre universel de la société absorbée* » (D. COHEN, Arbitrage et sociétés n° 514, p 270).

2- SUBSTITUTION ENTRE VIFS

155 Cession de contrat. La question est de savoir si la cession du contrat emporte cession de la clause compromissoire qu'il contient ? Plus particulièrement, si la cession de créance emporte cession de la clause arbitrale ? Doctrine et jurisprudence admettent que la clause compromissoire est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que cette créance existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé sauf clause contraire (Sur la question : E. LOQUIN, « Différences et convergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions française », op. cit., spéc. n°156-157, pp. 898 à 913 ; J. EL-AHDAB, La clause compromissoire et les tiers, thèse Paris I, 2003 ; X. PRADEL, Cession de créance et transfert de la clause compromissoire, D. 2003, Ch. 569 ; J. MOURY, Réflexions sur la transmission des clauses de compétence dans les chaînes de contrats translatifs, D. 2002, ch., 2744). En réalité, il existe une tendance plus générale de la jurisprudence à accepter en matière interne comme en matière internationale la transmission de la convention d'arbitrage en cas de cession de créance (Paris 20 novembre 1988, Rev. arb., 1988, p 570 ; 6 mai 1992, Rev. arb., 1993, p 624, note L. AYNES ; Cass. civ. 1^e, 5 janvier 1999, Rev. crit. DIP, 1999, p 536, note E. PATAUT ; Rev. arb., 2000, p 85 note D. COHEN ; Cass. civ. 1^e, 19 octobre 1999, Rev. arb., 2000, p 85 note D. COHEN ; Cass. civ. 2^e, 20 décembre 2001, Rev. arb., 2002, p 379 note C. LEGROS ; RTD com., 2002, p 279 note E. LOQUIN), de cession de contrat (Beyrouth 3^e ch., arrêt n°763, 29 avril 2004, Rev. lib. arb. 2004 n°30 p 39 ; Liban-Nord, 6^e ch., arrêt n°284, 22 mars 2004, inédit ; Paris 28 janvier 1988, Rev. arb., 1988, p 565 ; 26 mai 1993, inédit), ou encore de subrogation personnelle (Cass. com., 3 mars 1992, Rev. arb. 1992, p 560, note Ph. DELEBECQUE ; Paris 6 février 1997, Rev. arb., 1997, p 556 P. MAYER), ou de faculté de substitution (Lyon 15 mai 1997, Rev. arb. 1997, p 402 note P. ANCEL).

156 Fondement. Les fondements de la substitution changent et évoluent. Ainsi certaines décisions n'admettent la transmission que si elles constatent l'existence d'une manifestation de volonté des contractants expresse ou implicite (Paris 26 mars 1992, Rev. arb. 1993, p 624 note L. AYNES). D'autres décisions estiment que la clause compromissoire doit être automatiquement transmise parce qu'une telle transmission est un effet inéluctable de la transmission des droits substantiels, celle-ci suivant obligatoirement les droits substantiels transmis (Paris 28 janvier 1988, Rev. arb. 1988, p 565, note D. COHEN ; RTD com. 1999, p 377, obs. E. LOQUIN). La Haute Cour française quant à elle, a posé une véritable règle matérielle de droit international privé décidant que : « *La clause d'arbitrage international s'impose à toute partie venant aux droits de l'un des contractants* » (Cass. civ. 1^e ch., 8 février 2000, Rev. arb. 2000, p 80 note P.-Y. GAUTHIER ; v. aussi Cass. civ. 26 juin 2001 et 20 décembre 2001, Gaz. Pal., 2002/1, cités par E. LOQUIN, Différences et divergences, spéc. p 10). Il en sera de même lorsque l'opposabilité résulte de la loi. Ainsi, au cas où la clause compromissoire est contenue dans les statuts d'une société, il est admis, à juste titre, que la transmission d'une part sociale à un tiers emportera cession à son égard de la clause compromissoire même au cas où il n'aurait pas capacité ou qualité pour compromettre (..). Dès lors que les statuts sociaux et les actes passés par les agents sociaux qualifiés sont le fait de la personne morale sociale même, et que la loi elle-même rend ses actes et statuts opposables à tous les membres de la société sans distinguer entre associés capables et associés incapables, aucune raison juridique ne peut justifier qu'il soit fait exception à ce principe (E. TYAN, op. cit. n° 49, p 190). Plus tard, la Cour d'appel de Paris (Paris 10 septembre 2003, Rev. arb. 2004, p 623 note L. AYNES ; Ibid, somm. p 140) distingue : le caractère contractuel de la clause la rend accessoire et indissociable et justifie qu'elle ne puisse être séparée des autres clauses contenues dans le contrat. En revanche, son caractère juridictionnel fonde la séparabilité de la clause du contrat dans lequel celle s'insère s'agissant son efficacité qui englobe son existence, sa validité et sa force obligatoire (L. AYNES, note sous Paris 10 septembre 2003, préc.). Donc, en principe le cessionnaire ne peut échapper à la clause compromissoire sauf clause contraire dans le rapport cédant - cédé ou

PARTIES A L'ARBITRAGE

renonciation à la clause dans le nouvel rapport cessionnaire - cédé. Ainsi, l'accord du cessionnaire ne sera pas requis. L'effet translatif de la cession de créance explique l'opposabilité de la clause (Liban-Nord, arrêt n°284, 22 mars 2004, Rev. lib. arb. 2006 n°39 p 55). La question est de savoir si le cédé peut échapper à l'application de la clause compromissaire ? Cela pourrait être justifiée notamment par le caractère intuitu personae de la clause (Cass. civ. 1^e, 28 mai 2002, Rev. arb. 2003 p 397 note D. COHEN). Cependant, cet obstacle a été levé dans la mesure où la finalité de l'accord n'est pas telle qu'il implique en général la prise en considération des seules qualités originales de l'autre partie (L. AYNES, note préc. p 628). Il en résulte que le cédé ne pourra échapper à la clause compromissaire si celle-ci est invoquée par le cessionnaire et au-delà par une tierce personne ayant intérêt à se prévaloir d'une telle clause.

157 Subrogation. La jurisprudence a toujours considéré que l'assureur subrogé dans les droits de son assuré peut se voir opposer la clause compromissaire insérée dans le contrat d'où résulte la créance qu'il a payée (Cass. com. 13 mai 1966, Rev. crit DIP 1967, p 355 note E. MEZGER ; Paris 13 novembre 1992, Rev. arb. 1993, p 632).

(§3) ADJONCTION DE CONTRACTANTS

Parfois les parties au contrat principal contenant une clause compromissaire se trouvent liées par un ou plusieurs liens contractuels (co-traitance, sous-traitance), la question est de savoir si la convention d'arbitrage sera étendue à tous les rapports contractuels ?

158 Chaînes de contrats translatifs. En principe, la jurisprudence n'admettait la transmission de la clause compromissaire que si les parties l'ont acceptée de manière expresse ou tacite (Cass. civ. 22 mars 1995, Faser, RTDcom. 1995, p 247, obs E. LOQUIN). Par la suite, la Cour a fondé la transmission sur une présomption réfragable de connaissance de la clause compromissaire (Cass. civ. 1^e, 6 février 2001, Peavy company, Rev. arb. 2001, p 765, note D. COHEN ; JCP G 2001, II-10567, note C. LEGROS ; JCP E, 2001, p. 1228, note D. MAINGUY et J-B SEUBE ; Gaz. Pal., Rec. 2002, somm. p. 23 note M.-L. NIBOYET), donc une présomption de son acceptation faute de protestation de la part de celui à qui on l'oppose. Aujourd'hui, la Haute cour pose le principe selon lequel dans une chaîne de contrats translatifs de propriété, la clause compromissaire est transmise de façon automatique en tant qu'accessoire du droit d'action, lui-même accessoire du droit substantiel transmis, sans incidence du caractère homogène ou hétérogène de cette chaîne (Cass. civ. 1^e, 27 mars 2007, Rev. arb. 2007, p 785 note J. AL-AHDAB). Mettant l'accent sur l'indifférence du caractère homogène ou hétérogène de la chaîne dans une affaire où les mêmes matériels ont fait l'objet d'un contrat de vente contenant une clause compromissaire et par la suite d'un contrat de crédit-bail entre une société de crédit-bail et le même acheteur (crédit-preneur), la chambre commerciale de la cour de cassation décide que la simple constatation par la cour d'appel de l'existence d'une clause compromissaire dans le contrat de vente la rend opposable au crédit preneur (acheteur) dans le litige l'opposant au vendeur initial s'agissant le défaut de conformité allégué (Cass. com. 25 novembre 2008 JCP G, 2009, II-10023 note D. MAINGUY).

159 Contrat cadre. Le contrat cadre vise à définir les principales règles auxquelles seront soumis des accords à traiter rapidement dans le futur, « contrats d'applications » ou « contrats d'exécution » auxquels de simples bons de commande ou ordres de services, fourniront, éventuellement, leur support. La question est de savoir si la clause arbitrale contenue dans un contrat cadre s'étend aux contrats d'application ? Un auteur averti constate que : « *Dès la conclusion du contrat cadre, les parties se sont engagées à soumettre les litiges nés des contrats d'application à la clause compromissaire. Il n'est donc pas nécessaire que les parties au contrat d'application réitèrent un quelconque consentement relativement à la clause compromissaire. Le consentement donné par les parties une fois pour toutes dans le contrat cadre suffit* » (E. LOQUIN, Différences et divergences, spéc. p 15). En ce sens, la jurisprudence considère que les rapports entre le contrat de base et les contrats

PARTIES A L'ARBITRAGE

d'application concernent tous les types de stipulation dont la clause compromissoire sauf stipulation contraire (Paris 11 avril 2002, Rev. arb. 2003 p 1255s spéc. 1259-1260 obs. F. -X. TRAIN ; Gaz. Pal., Rec. 2002 somm p 1809, J. n°355, 21 décembre 2002 p 5. Dans le même sens : Paris 28 novembre 1989, Rev. arb. 1990, p 675, note P. MAYER, confirmée par Cass. civ. 1^e, 11 juin 1991, Rev. arb. 1991, p 453 note P. MAYER, arbitrage interne ; Paris 29 novembre 1991, Rev. arb. 1993, p 403 note L. AYNES). Néanmoins, une telle extension de la clause arbitrale ne doit pas jouer lorsque les parties aux contrats d'application ne sont pas celles qui sont parties au contrat cadre sauf acceptation ou ratification de leur part de la clause contenue dans le contrat cadre (Paris 1^e ch, 30 novembre 1988 et 14 février 1989, Rev. arb. 1989 p 691 note P.-Y. TSCHANZ ; 17 décembre 1998, RTD com 1998, p 580 obs. E. LOQUIN).

160 Suites inorganisées de contrats. Parfois les parties se trouvent en relations continues d'affaires qui ne font pas l'objet d'une organisation contractuelle. La jurisprudence étend la clause compromissoire conclue dans l'une de leurs relations aux autres relations contractuelles qui n'en contiennent pas, se fondant sur une présomption de la volonté des parties de soumettre tous leurs litiges à la même clause d'arbitrage (Paris 1^e ch, 18 mars 1983, Rev. arb. 1983, p 491, note J. ROBERT ; 17 juin 1971, Rev. arb. 1971, p 116 note Ph. FOUCHARD).

161 Contrat de sous-traitance. Le sous-contrat est l'opération par laquelle une partie contractuellement liée à un premier partenaire contracte avec un second jusqu' alors étranger à la relation initiale - le sous-contractant - pour l'associer à l'exécution du contrat initial (J.-M. MOUSSERON et alii, n°559 p 238). La question est de savoir si la clause compromissoire contenue dans le contrat initial s'étend au sous-contrat ? La jurisprudence étend l'application de la clause compromissoire aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat principal (Paris 1^e ch, 8 octobre 1997, Gaz. Pal., Rec 2000 somm p 160, J. n°11, 11 janvier 2000 p 49 ; 27 novembre 1997, Gaz. Pal., Rec. 2001, somm. p 1819, J. n°321, 17 novembre 2001, p 9 ; Beyrouth 10^e ch., 18 décembre 2000, Rev. lib. arb. 2000 n°17 p 72 note I. NAJJAR. Contra E. LOQUIN, Différences et divergences, art. préc. spéc. p 17).

162 Contrats indivisibles. Des contrats sont indivisibles « lorsqu'il peut être démontré que chacun des contractants ne s'est engagé qu'en considérant l'engagement de chacun comme une condition de l'engagement des autres » (J.-B SEUBE, L'indivisibilité et les actes juridiques, Bibl. dr. entr. n°40, Litec 1999 ; J. MOURY, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats, RTD civ 1994, p 255 ; Cass. com. 4 avril 1995, D 1996, p 141, note S. PICQUET cité par E. LOQUIN, Différences et divergences, spéc. p 18). La question est de savoir si l'indivisibilité contractuelle a pour effet d'étendre la clause compromissoire insérée dans l'un des contrats indivisibles à tous les autres contrats ? Dans un arrêt du 21 février 2002, la Cour de Paris étend la clause compromissoire au motif que les contrats en cause « concernent une opération économique unique qui concourt au même objet » (Paris 1^e ch, 21 février 2002, Rev. arb. 2002 p 955 note F.-X. TRAIN ; RTD com 2002, p 277 obs. E. LOQUIN ; JCP E 2003, chr. 705 p 805 obs. J. BEGUIN). Dans le même sens la cour d'appel de Beyrouth a estimé que « l'indivisibilité des contrats justifie l'extension de la clause compromissoire à une tierce personne non signataire » (Beyrouth, 6 décembre 2007 Al Adl 2008/3 p 1177).

163 Obligations indivisibles contenues dans des contrats différents. L'obligation indivisible est une obligation qui ne peut être exécutée qu'en entier (Art. 1217 C. civ. fr. et art. 75 COC) ; elle n'est susceptible de division ni matérielle ni intellectuelle. Tout se passe comme s'il s'agissait d'une solidarité qui survivrait à la mort d'un des débiteurs solidaires. Les obligations indivisibles peuvent figurer dans des contrats différents. La question est de savoir si l'indivisibilité des obligations justifie l'extension de la clause compromissoire contenue dans l'un des contrats porteur d'obligations indivisibles aux autres contrats ? La jurisprudence répond positivement. Constatant, les caractères « complémentaires ou à tout le moins connexes », « les liens économiques étroits » des conventions, « composantes indissociables » de l'opération envisagée, elle étend la clause compromissoire à tous les contrats à obligations indivisibles se fondant sur « la volonté implicite des parties » de faire entrer le litige « dans le champ d'application de la clause compromissoire » (Paris 23 novembre 1999, Rev. arb. 2000, p 501 note LI ; RTD com 2001 p 59 note E. LOQUIN et Cass. civ. 1^e, 14 mai 1996, Rev. arb.

PARTIES A L'ARBITRAGE

1997, p 535 cités par E. LOQUIN, Différences et divergences, p 19. En ce sens aussi, Cass. civ. lib. 5^e, arrêt n°141, 20 novembre 2001, Rev. lib. arb. 2002, n°21 p 24).

SECTION 2 : CAPACITE ET POUVOIR DES PARTIES

En plus de la faculté de disposition, dans la mesure où le compromis est qualifié comme un acte de disposition (H. MOTUSLKY, Ecrits, T2, Etudes et notes sur l'arbitrage, Dalloz 1974, p 54 ; G. CORNU et J. FOYER, Procédure, thémis, 3^e éd. 1996, p 69 ; B. BEIGNIER, obs sous Cass. civ. 1^e, 8 janvier 2000, Dr. Famille, 2000, comm 40 ; Ph. SIMLER, obs sous Cass. civ. 1^e, 8 janvier 2000, JCP G 2000 I-245, n°18), les parties doivent avoir la capacité et le pouvoir de signer une convention d'arbitrage.

164 Notion. Les notions de capacité et de pouvoir souverainement appréciées par les juges du fond et échappant au contrôle de la cour de cassation (Cass. civ. lib. 1^e, arrêt n°69, 25 mai 1999, Rec. civ. Sader 1999 p 146), se distinguent classiquement en ce que la première est la possibilité reconnue aux sujets de droit, *ratione personae*, de passer des actes juridiques abstraitement envisagés sans considération des biens sur lesquels ils portent tandis que la seconde se conçoit comme la possibilité d'engager certains biens par les actes juridiques dont on est capable. Un auteur (E. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé, *Economica* 1985 n° 64 et n° 215) a dégagé leurs différences en proposant de définir la capacité comme l'aptitude à agir valablement pour son propre compte et le pouvoir, prérogative finalisée, comme celle d'agir dans un intérêt distinct du sien. Le nouveau code de procédure civile n'a pas posé de conditions subjectives particulières en matière de clause compromissoire et de compromis. Les articles 762 et 765 NCPC libanais se contentent d'évoquer les « contractants » et les « parties », sans toute autre précision ou identification. Quoi qu'il en soit, les deux termes visent tant les personnes physiques (Paragraphe 1) que les personnes morales (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : PERSONNES PHYSIQUES

L'aptitude des personnes physiques à arbitrer peut trouver des limites dans un défaut de capacité (§1) ou dans un défaut de pouvoir (§2).

(§1) DEFAUT DE CAPACITE

1- MINEURS, PERSONNES DEPOURVUES DE DISCERNEMENT, INCAPABLES DOUES DE DISCERNEMENT

165 Aux termes de l'article 215 COC : « *Toute personne parvenue à l'âge de dix huit ans révolus est capable de s'obliger* » (« *si elle n'en est pas déclarée incapable par un texte de loi* »). Ainsi, toute convention d'arbitrage souscrite par une personne qui a moins de dix huit ans d'âge est considérée comme nulle et sera annulée par le tribunal en vertu de l'article 233 COC relatif à l'annulation du contrat. Les conventions d'arbitrage souscrites par les personnes totalement dépourvues de discernement et les incapables doués de discernement sont soumis aux mêmes sanctions conformément à l'article 216 COC. **Cette nullité est absolue** : elle est prononcée même dans le cas où le mineur avait été assisté de son représentant conventionnel, lequel, ne peut valablement le représenter à un compromis d'arbitrage. Pour cela, il est nécessaire de demander la désignation d'un représentant légal du tribunal judiciaire compétent (Beyrouth 30 janvier 1995, Rev. lib. arb. 1996/1 n°22, p 75). La nullité du compromis est considérée comme absolue en ce sens qu'elle doit être prononcée même en l'absence de toute lésion ou préjudice du mineur. **La nullité est également relative** s'agissant la détermination de la personne qui en bénéficie. En effet, aux termes de l'article 234 COC : « *L'action en annulation n'est ouverte qu'aux personnes en faveur ou pour la protection desquelles la nullité est établie par la loi à l'exclusion notamment de ceux qui ont traité avec lesdites personnes* ». Il en résulte que la partie adverse est sans qualité pour se prévaloir de l'exception de nullité.

PARTIES A L'ARBITRAGE

2- MINEUR COMMERCANT OU INDUSTRIEL

166 Aux termes de l'article 217 COC : *“Le mineur dûment habilité à exercer le commerce ou l'industrie ne peut pas se prévaloir des dispositions qui précèdent [Art 215 et 216 COC] : pour les besoins et dans les limites de son commerce, il est traité comme un majeur”*. Il en résulte que ce mineur ne pourra pas soulever l'exception de nullité de la convention d'arbitrage dans les termes des articles 215 et 216 COC et devra donc exécuter ses obligations qui découlent de l'obligation d'arbitrer. Cependant, la soustraction du mineur de l'article 217 COC aux règles protectrices est encadrée dans certaines limites : 1- Il faut que le mineur soit légalement autorisé à exercer le commerce et l'industrie. 2- La dérogation ne concerne que les matières commerciales et industrielles objets de l'« habilitation ». 3- Cette dérogation est cantonnée aux besoins et limites de son activité commerciale et/ou industrielle.

3- CONDAMNES FRAPPES D'INTERDICTION LEGALE

167 L'article 218 COC assimile aux incapables, les condamnés frappés d'interdiction légale. Ainsi en est-il, par exemple, du criminel condamné à une peine d'emprisonnement et déchu de ces droits civiques. Il ne pourra pas conclure valablement une convention d'arbitrage puisqu'il est dépossédé à la base de toute capacité. Par ailleurs, cette incapacité est absolue puisque l'article 218 COC décide qu'elle peut être opposée *“par tout intéressé”*.

4- FAILLI

168 Aux termes de l'article 501 CCL : *Le jugement déclaratif de faillite emporte de plein droit, à partir du jour même où il est rendu, dessaisissement pour le failli, au profit des syndics, de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir pendant la durée de la faillite...* Il en résulte que le failli ne pourra plus contracter une obligation d'arbitrage. Cependant, l'accord arbitral conclu antérieurement au jugement déclaratif de faillite, doit être normalement exécuté par le syndic de la faillite (à rapp. Cass. com. 10 janvier 1984 Rev. arb. 1984, p492 note P. ANCEL; Cass. com. 4 février 1986, ibid 1988, p 718).

(§2) DEF AUT DE POUVOIR

Le défaut du pouvoir de conclure une convention d'arbitrage atteint plus généralement les représentants légaux (1) et les représentants conventionnels (2).

1- REPRESENTANTS LEGAUX

REPRESENTANTS JUDICIAIRES

169 Les pouvoirs des tuteurs et curateurs se limitent à des actes d'administration. Or, l'obligation d'arbitrer met en cause la disposition des droits patrimoniaux. Il en résulte que sauf autorisation judiciaire ces représentants ne peuvent valablement conclure une convention d'arbitrage au nom du mineur ou de l'incapable qu'ils assistent. A ce propos, l'article 15 NCPC libanais énonce que les représentants judiciaires nommés par les tribunaux faisant fonction de représentants légaux des héritiers incapables ou disparus ne peuvent transiger.

SYNDICS DE FAILLITE

170 Aux termes de l'article 546 CCL : *“Les syndics pourront, avec l'autorisation du juge-commissaire et le failli dûment appelé, transiger sur toutes contestations qui intéressent la masse, même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobiliers”*. Il en résulte que les syndics ne peuvent transiger et, a fortiori, arbitrer, s'agissant des biens dont ils ont l'administration sauf autorisation expresse du juge-commissaire. Il en est autrement

PARTIES A L'ARBITRAGE

s'agissant les actes dont l'exécution était réclamée, lorsqu'il avait été expressément convenu entre le tiers et le failli que toutes difficultés sur l'exécution de ces actes seraient soumises à des arbitres (Cass. civ. 6 février 1827 S. 1827, 1, 105; DP 1827, 1, 133 cité par Pand. fr., op. cit. n° 491, 64).

LIQUIDATEURS

171 En principe, les pouvoirs du liquidateur se limitent à "*l'administration de la société en liquidation*" (Art. 928 COC). En outre, l'article 932 COC énonce que : "*Le liquidateur ne peut ni transiger, ni compromettre.. s'il n'y est expressément autorisé*". Cet article consacre le principe d'incapacité du liquidateur sans distinction entre liquidateur judiciaire ou conventionnel et conditionne l'existence d'une telle capacité à l'autorisation expresse des intéressés. En effet, échappent au pouvoir du liquidateur, tous les actes de disposition et par conséquent la convention d'arbitrage (Cass. civ. 15 janvier 1812, Jur. Gén. v° Arbitrage-Arbitre n° 273. Contra Rennes 21 mars 1831 ibid n° 273 cités par B. MOREAU, Rép. civ. Dalloz v° Compromis-Clause compromissoire n°28). Néanmoins, le liquidateur pourra compromettre si les parties dérogent à cette interdiction par une convention expresse.

2- REPRESENTANTS CONVENTIONNELS

MANDATAIRES EN GENERAL

172 Aux termes de l'article 778 COC : « *Le mandat général de gérer les affaires du mandant n'autorise le mandataire qu'à accomplir les actes d'administration. Pour les actes d'aliénation et pour conclure des transactions et des compromis, il faut toujours un mandat exprès* ». Il en résulte que, en principe, le mandataire ne peut compromettre pour son mandant et l'engager sans y avoir été spécialement autorisé (Cass. civ. 21 juillet 1852, S 1852, 1, 91; DP 1852, 1, 194 ; Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°19, 19 février 2002, Rev. lib. arb. 2002 n°21 p65 ; Rec. civ. Sader 2002 p 359). Une fois autorisé, le pouvoir d'arbitrer donné au mandataire comporte le pouvoir d'accepter l'arbitrage quelle que soit la méthode applicable : arbitrage en droit ou arbitrage en amiable composition (Beyrouth 3^e ch., arrêt n°1712 du 14 octobre 2004, Rev. lib. arb. 2004 n°32 p 14).

173 Unité d'intérêts. Parfois le tiers sera engagé, même en l'absence d'un mandat. Ainsi en est-il au cas où il est constaté une « *unité d'intérêts* » entre les signataires de la convention d'arbitrage et les tiers non signataires. Ainsi, s'il est constaté que les parties à l'instance ont une communauté d'intérêts avec d'autres personnes tierces, celles-ci doivent être considérées comme représentées à l'instance même en l'absence d'un mandat expresse à cet effet sauf intérêt individuel indépendant (Sur l'extension d'une clause compromissoire conclue par un parti politique à tous ces adhérents : Trib. pr. Inst. Beyrouth 1^e ch., 20 janvier 2003, Rev. lib arb. 2004 n°30 p 57 ; Al Adl 2004 p 102 conf. par Beyrouth 3^e ch. arrêt n°165, 27 mai 2004, Rev. lib. arb. 2004 n°31 p 21).

174 Mandat apparent. Le mandant sera parfois contractuellement engagé sans l'avoir voulu afin de sécuriser les transactions et protéger les tiers qui contractent avec un intermédiaire dont ils n'ont pas vérifié les pouvoirs lorsque cela était raisonnable. L'extension involontaire peut tenir à la faute du mandant qui n'a pas prévenu le tiers de la révocation du mandat et, surtout, à la théorie du mandat apparent. En effet, une personne peut être valablement engagée par un intermédiaire qui a excédé ses pouvoirs de mandataire ou même n'en possédait pas s'il avait une apparence de mandat et, si celui qui a agi avec le mandataire apparent, l'avait fait sous l'empire d'une erreur légitime (Ph. MALAURIE, L. AYNES, op. cit. n° 576, p 300). Jugé que le président-directeur-général engage la société anonyme qu'il représente sur la base du mandat apparent (Beyrouth 3^e ch., 4 juillet 2002, Rev. lib. arb. 2002 n°23 p 50; 13 novembre 1995, Rev. lib. arb. 1996/1 n°26, p 78).

PARTIES A L'ARBITRAGE

AVOCATS

175 Aux termes de l'article 381 NCPC libanais, "*l'avocat ne peut, sans pouvoir spécial, transiger ou soumettre à arbitrage le droit allégué*". Le pouvoir devant exister au moment de la conclusion de la clause arbitrale. Le cas échéant, le client n'aura même pas à désavouer le compromis: à défaut de ratification, cet acte serait inopposable au plaideur qui ne serait être lié ni par le compromis ni par la sentence rendue (J. RUBELLIN-DEVICHI et E. LOQUIN, art. préc. n°87). La ratification peut être expresse ou tacite (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°22, 19 février 2002, Rev. lib. arb. 2002 n°22 p 70 ; Rec. civ. Sader 2002 p 368). Les dispositions de l'article 381 NCPC étant édictées dans l'intérêt du représenté, seul ce dernier a qualité de s'en prévaloir à l'exclusion de la partie adverse (Beyrouth, 22 juin 2006, Rev. lib. arb. 2008, n°45 p 21 spéc. p 23). Le pouvoir de conclure une convention d'arbitrage doit être distingué de celui de représentation en justice, étant entendu, dans ce dernier cas, que le mandat donné à l'avocat afin de représenter son mandant devant le tribunal arbitral emporte mandat d'exercer les recours contre la sentence arbitrale (Cass. lib. civ. 5^e ch., arrêt n°19, 19 février 2002, Rev. lib. arb. 2002 n°21 p 65 ; Rec. civ. Sader 2002 p 359).

PARAGRAPHE 2 : PERSONNES MORALES

Conformément aux articles 762 et 765 NCPC libanais, les personnes morales de droit privé peuvent compromettre (V. D. COHEN, L'engagement des sociétés à l'arbitrage, Rev. arb. 2006 p 35s). Mais, encore faut-il, déterminer l'organe compétent pour les lier (§1). En revanche, les personnes morales de droit public sont soumises à des règles particulières (§2).

(§ 1) PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVE

1- GENERALITES

176 Acceptation du représenté. La simple intervention du représentant au nom de la personne morale sous condition de constater l'acceptation de la clause arbitrale lie la personne morale (Paris 1^e ch., 6 décembre 2000, Gaz. Pal., Rec. 2001, somm. p 1897, J. n°321, 17 novembre 2001, p 23; Beyrouth, 6 décembre 2007 Al Adl 2008/3 p 1177).

177 Non extension au représentant. Les personnes morales s'expriment à travers des individus. Mais si l'individu signe une convention, en qualité de représentant de la personne morale – dirigeant ou président – on ne saurait déduire de sa signature, en cette qualité, une quelconque volonté de celui-ci d'être lié personnellement par la clause compromissoire (Paris, 1^e juin 26 juin 2003, Rev. arb. 2004, somm, p 138 ; Gaz. Pal, Rec 2003, somm. p 3869, J. n°312, 8 novembre 2003, p 47 ; Paris, 23 octobre 2003, Rev. arb 2004 somm, p 437) sauf acceptation même tacite de sa part (Cass. civ. 1^e, 22 octobre 2008, préc.) et sauf s'il avait frauduleusement entretenu la confusion à ce sujet (Cass. civ. 1^e, 30 octobre 2006, JCP G 2006, IV-3294).

178 Recevabilité. La nullité de la clause compromissoire pour défaut de pouvoir du représentant de la société est prévue dans l'intérêt de la société concernée laquelle, peut ratifier un tel pouvoir de manière expresse ou tacite. Il en résulte que la partie adverse n'a aucune qualité pour soulever un tel vice (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°143, 20 novembre 2001, Rev. lib arb 2003 n°26 p 40 ; Cass. lib. civ. 1^e, arrêt n°84, 22 juin 1999, Rec civ. Sader 1999 p 180). Pour être recevable, le défaut de pouvoir doit être soulevé devant le tribunal arbitral sous peine d'irrecevabilité devant le juge de l'annulation. En effet, une telle demande tardive « *dépasse très certainement les limites de la bonne foi* » (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°143, 20 novembre 2001 préc.).

2- SOCIETE EN NOM COLLECTIF ET SOCIETE EN COMMANDITE

179 S'agissant les représentants des sociétés en nom collectif auxquels il faut assimiler les représentants des sociétés en commandite en ses deux formes, l'article 58 du code de

PARTIES A L'ARBITRAGE

commerce libanais dispose que : « *Les gérants peuvent passer tous les actes qu'exige le fonctionnement normal de l'entreprise sociale sauf limitation de leurs pouvoirs par les statuts* ». Il en résulte que sauf stipulation contraire, le gérant d'une société en nom collectif peut conclure des conventions d'arbitrage à condition qu'elles participent au fonctionnement normal de l'entreprise (JU Beyrouth 26 mars 1954, IDREL, p 169), sauf à préciser qu'à défaut de stipulations contraires tous les associés sont gérants (Art 58 C. com. lib.). De même, le gérant d'une société en commandite simple ou par actions, dispose du pouvoir de compromettre. Par ailleurs, l'interdiction d'immixtion dans la gestion externe faite aux commanditaires, les empêchent de compromettre avec les tiers au nom de la société.

3- SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE

180 L'article 16 alinéa 2 du décret-loi n°35 du 5 août 1967 réglementant la société à responsabilité limitée, investit le dirigeant (ou les dirigeants) de « *tous les pouvoirs nécessaires au fonctionnement régulier des affaires de la société sauf clause statutaire contraire* ». Ainsi, les dirigeants de la société à responsabilité limitée à l'exemple de celui de la société en nom collectif devraient valablement compromettre avec les tiers dans les limites de l'objet social sauf si les statuts de la société leur ont soustrait expressément un tel pouvoir. Jugé que le pouvoir d'un gérant d'une sarl de mandater un avocat pour représenter la société à l'arbitrage et pour signer un compromis d'arbitrage rentre dans le cadre des « *pouvoirs les plus étendus* » dont dispose le gérant en vertu de la loi et des statuts de la société (Beyrouth 3^e ch., 22 mars 2001, Rev. lib. arb. 2001 n°18 p25).

4- SOCIETE ANONYME

181 Aux termes de l'article 157 du code de commerce libanais :

« Le conseil d'administration a les pouvoirs les plus étendus pour exécuter les décisions de l'assemblée générale et faire toutes les opérations que comporte le fonctionnement normal de l'entreprise et qui ne sont pas à considérer comme affaires courantes. Ces pouvoirs n'ont d'autres limitations ou restrictions que celles édictées par la loi ou les statuts sociaux.

Le président du conseil d'administration et, éventuellement, le directeur général ou l'administrateur délégué en application de l'alinéa 4 de l'article 153, représentent la société auprès des tiers, assument l'exécution des décisions du conseil d'administration et l'expédition des affaires courantes de la société, telles que déterminées par les statuts ou l'usage sous le contrôle du conseil d'administration.

La société est obligée par les actes de ses représentants accomplis dans la limite de leurs pouvoirs; au-delà, elle ne serait obligée que par les actes autorisés ou approuvés par l'assemblée des actionnaires ».

182 Approche restrictive. Selon une certaine conception stricte, le conseil d'administration n'a pas le pouvoir de compromettre sauf s'il est expressément habilité par l'assemblée générale. De même, le président du conseil d'administration ne peut transiger que dans la mesure où les statuts l'y autorisent expressément et, à condition que la transaction effectuée se limite aux affaires courantes (définies par les statuts), le tout, sous l'oeil observateur du conseil d'administration (Cass., 27 juin 1881, ROUSSEAU et LAISNEY, Rec. Proc. Civ., art. 637; S. 1883.4.465; DP 1882.4.482 cité par Pand fr. n° 516, 65). Le président pourra compromettre lorsque le conseil d'administration admet et vote le principe du recours à l'arbitrage et lui confie le soin de le moduler ; la modulation viendra alors en exécution des décisions du conseil. Le président pourra compromettre, encore, lorsque le conseil d'administration lui délègue expressément ce pouvoir (Cass. com 25 juillet 1959, Bull. civ. III n° 213; D. 1959, 557 note F.G. cité par D. VEAUX op. cit. n° 45 – contra E. TYAN, op. cit. n° 60, 78), sous réserve, dans tous les cas, que le conseil d'administration habilitant son président soit, au préalable, régulièrement habilité par

PARTIES A L'ARBITRAGE

l'assemblée générale. Cette approche restrictive trouve son fondement dans l'article 778 COC aux termes duquel : « *Le mandat général de gérer les affaires du mandant n'autorise le mandataire qu'à accomplir les actes d'administration. - Pour les actes d'aliénation et pour conclure des transactions et des compromis, il faut toujours un mandat exprès* ». Les partisans de cette approche considèrent que le président du conseil d'administration est un mandataire doté d'un mandat général qui ne renferme pas le pouvoir de compromettre. Un mandat spécial est, alors, nécessaire (Cass. civ. 11 janvier 1921, S. 192, 2, 1, 110; D.P. 1924,1,135).

183 Approche libérale. L'approche restrictive doit être abandonnée au profit d'une approche libérale (D. COHEN, op. cit. n° 408s, p 207 spéc. n° 414, p 209). Ainsi, s'agissant le conseil d'administration, l'article 157 du code de commerce libanais énonce qu'il est investi « *des pouvoirs les plus étendus (...) pour faire toutes les opérations que comporte le fonctionnement normal de l'entreprise* », il faut donc en conclure qu'il a légalement le pouvoir de conclure des conventions d'arbitrage. De même, il ne faut plus exiger un pouvoir spécial pour rendre valable la clause d'arbitrage conclue par le président directeur général car, « *semblable clause est, de nos jours, entrée dans la pratique courante du commerce* » (Déjà : Paris 7 juin 1955, Rev. arb. 1957, p 91; D 1957 p 659) de sorte qu'elle est devenue étroitement liée à une opération de gestion courante lorsqu'elle concerne des litiges découlant du fonctionnement normal de la société, voire, elle est devenue elle-même un acte de gestion courante (Paris 4 juillet 1957 préc. Cette position des juges du fond a été confirmée par la Cour de cassation : Cass com. 25 mai 1959, D. 1959, p 557 note F.-G.; RTDciv. 190, p 162 note P. HEBRAUD). Cela, d'autant plus que le président directeur général de la société est moins un mandataire des actionnaires qu'un organe propre chargé du bon fonctionnement de la société et doit à ce titre bénéficier de tout pouvoir qu'il estime approprié, notamment celui de compromettre, pour mener à bien la mission qui lui est confiée. Aussi, il est nécessaire de reconnaître le pouvoir de compromettre au conseil d'administration et en conséquence au président-directeur général même en l'absence de toute disposition statutaire (En ce sens Cass. civ. 30 janvier 1963, Rev. arb., 1963, p 91 approuvant Paris, 24 mars 1960, Rev. arb., 1960, p 50; RTD com., 1960, p 74, obs. BOITARD, Paris 12 février 1963, JCP G 1963, II, 13281 (2° esp.) note P. LEVEL; RTD com. 1963, p 331 obs. R. HOUIN; Cass. lib. civ. 1^e, arrêt n°84, 22 juin 1999, Rec. civ. Sader 1999 p 180).

184 Recours contre la sentence arbitrale. La jurisprudence reconnaît aux dirigeants, même en l'absence de mandat expresse, le pouvoir d'exercer les recours contre la sentence arbitrale. L'exercice d'un tel pouvoir est considéré par la Cour de Cassation comme un « *acte quotidien* » relevant de la compétence du président du conseil d'administration « *dans la mesure où il vise à préserver les droits de la société et sa protection d'une décision dommageable* ». il en résulte qu'il ne faut pas distinguer entre le pouvoir de recourir au juge et celui de recourir à l'arbitre (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°143, 20 novembre 2001, Rev. lib arb. 2003 n°26 p 90 ; arrêt n°142, 20 novembre 2001, Rev. lib arb 2002 n°21 p 27).

5- SOCIETE FIDUCIAIRE ET SOCIETE RESTREINTE

185 Sociétés civiles. Aux termes de l'article 878 COC : « *lorsque les associés se sont donné réciproquement mandat d'administrer, en exprimant que chacun d'eux pourra agir sans consulter les autres, la société est dite fiduciaire ou à mandat général* ». Dans la société fiduciaire, « *chacun des associés peut faire seul tous les actes d'administration, et même, d'aliénation, qui rentrent dans l'objet de la société* » (Art. 879 COC). Cependant, cette liberté d'action trouve certaines limites, notamment, s'agissant le pouvoir de compromettre, subordonné, à une « *autorisation spéciale exprimée dans l'acte de société ou dans un acte postérieur* » (Art. 880 d) COC).

186 Société restreinte ou à mandat restreint. Aux termes de l'article 881 COC : « *lorsque le contrat de société exprime que les associés ont tous le droit d'administrer, mais qu'aucun d'eux ne peut agir séparément, la société est dite restreinte ou à mandat restreint* ». Ici, il faut distinguer selon que les associés agissent tous ensemble ou séparément. Dans la première hypothèse, la convention d'arbitrage est valable. Dans la seconde, le pouvoir de chacun est

PARTIES A L'ARBITRAGE

restreint aux actes d'administration parmi lesquels ne figure pas la conclusion d'une clause arbitrale puisqu'un tel accord traite dans la plupart des cas de droits patrimoniaux. Cependant, cette interdiction peut être levée par une stipulation contraire ou par une coutume spéciale accordant le pouvoir de compromettre (Art. 881 COC).

6- SOCIETE ADMINISTREE PAR DES GERANTS

187 Gérant associé et gérant non associé. L'article 883 alinéa 3 COC prévoit un type de société civile administrée par des gérants qui « *peuvent être pris même en dehors de la société* ». Ici, il faut distinguer selon que l'administration est effectuée par un associé ou par un non-associé. L'associé-gérant est investi expressément par l'article 884 COC de tous les actes de disposition dans la limite de l'objet social suivant la nature de la société et l'usage du commerce (Art. 887 COC). L'acte de disposition doit être pris sans fraude et sauf stipulation contraire. Le principe est donc que l'associé-gérant peut conclure une convention d'arbitrage dans la limite du but social, sous réserve de fraudes au droit de la société, et sauf stipulation contraire. En revanche, l'administrateur non associé n'est investi que des pouvoirs légués aux mandataires par l'article 777 COC c'est-à-dire, qu'il lui faut une autorisation spéciale de compromettre sauf bien entendu stipulation contraire (Art. 885 COC).

7- SOCIETE EN PARTICIPATION

188 La convention d'arbitrage souscrite par le gérant d'une société en participation n'oblige que lui. Le titulaire de cette société, en effet, apparaît seul et agit seul vis-à-vis des tiers puisque la société en participation est intrinsèquement occulte (Art. 247 C. com. lib.). S'il est entièrement propriétaire des biens de la participation, il peut en disposer librement et par conséquent compromettre relativement à ces biens uniquement (Cass. 2 juin 1834, S, 1834,1,603; DP 1834,1,202).

(§2) PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC

189 Incapacité et défaut de pouvoir. L'Etat est détenteur de la puissance publique et titulaire originaire de "*l'imperium*" dont il investit ses propres tribunaux judiciaires. Cette raison se suffit à elle-même pour affirmer que l'Etat ne peut se produire pour être jugé devant des arbitres, personnes privées (Cons. d'Etat 3 mars 1989 JCP G 1989, II, 21323 note P. LEVEL). En outre, l'Etat ne peut pas abdiquer par le contrat ces prérogatives souveraines incarnées dans ces pouvoirs de police ou de législateur. Cette affirmation doit être étendue à tous les démembrements de l'Etat, collectivités territoriales, établissements publics, municipalités. Un arrêt du Conseil d'Etat français a décidé qu'une commune, ne pouvant compromettre, ne pouvait pas renoncer, dans un marché de travaux publics au droit de faire appel au Conseil d'Etat des arrêts du conseil de préfecture, cette renonciation équivalent à un compromis (Cons. d'Et. 11 juillet 1884 DP 1886, 3, 14). De même, la Cour de Cassation française avait décidé antérieurement que ne peuvent compromettre, dans aucun cas, les communes ou établissements publics ou ceux qui les administrent, tels que les maires, etc. (Cass., 3 juin 1812. S. 18. 12, 4, 65. - 28 janvier 1824, S. 1824, 4, 238). Au delà, le Conseil d'Etat français dans un arrêt du 13 décembre 1957 avait affirmé le caractère général de la prohibition de compromettre frappant les personnes publiques y compris les établissements publics à caractère industriel et commercial (Cons. d'Etat 13 décembre 1957, JCP G 1959, II, 10800 note H. MOTULSKY). Cet arrêt a été unanimement critiqué (P. ANCEL op. cit. n° 35 et les réf. citées), mais le législateur français de 1972 a maintenu la solution du Conseil d'Etat. Ainsi, l'article 2060 du code civil français réaffirmait d'une manière générale l'interdiction de compromettre des personnes publiques (Art 2060 : " On ne peut compromettre.. sur les questions intéressant les collectivités publiques et les établissements publics"...; V. E. BRUCE, La compétence du juge administratif dans l'arbitrage des personnes publiques, Remises en question, Rev. arb. 2006 p 65).

PARTIES A L'ARBITRAGE

190 Droit libanais. Le droit libanais passait sous silence la question de l'« *arbitrabilité subjective* ». Mais la loi n°440 du 29 juillet 2002 portant modification de l'article 762 NCPC libanais a franchi un pas - quoique inachevé - consacrant l'aptitude de principe de l'Etat et ses démembrements à conclure une convention d'arbitrage. Aux termes de l'article 762 : « *L'Etat et les personnes de droit public peuvent, quelle soit la nature du contrat objet du litige, recourir à l'arbitrage. - A dater de la mise en vigueur de l'actuelle loi modificatrice, la clause compromissoire et le compromis d'arbitrage ne seront efficaces dans les contrats administratifs qu'après leur autorisation en vertu d'un décret pris en conseil des ministres sur proposition du ministre compétent s'agissant l'Etat ou sur proposition de l'autorité de tutelle s'agissant les personnes morales de droit public* ». Ainsi, les conventions antérieures à la loi n°440/2002 tombent en principe sous le coup de l'inefficacité alors que celles postérieures trouvent leur efficacité subordonnée au bon vouloir du conseil des ministres.

191 Etablissements publics à caractère industriel et commercial. La loi libanaise n'a pas évoqué le cas particulier des établissements publics à caractère industriel et commercial. En même temps, aucun texte de loi ne leur interdit de compromettre. Dans un arrêt du 23 février 1999, la Cour de Cassation libanaise a admis la validité de la clause compromissoire au motif que : « *Le décret qui confie à une société de droit privé l'exécution d'un service public n'a pas pour effet de changer la nature privée de la société qui lui a été reconnue sous l'empire de la loi de sa constitution et ne peut abroger ou modifier le contenu de ladite loi, d'où il en résulte que rien n'empêche un établissement public industriel et commercial de contracter une convention d'arbitrage dans le cadre d'un arbitrage interne* » (Cass. lib. civ. 1^e, 23 février 1999, Rev. lib. arb. 1999/8, p 39s). Egalement, le Conseil d'Etat libanais a entériné la validité d'une clause compromissoire acceptée par un établissement public d'investissement (Cons. d'Etat., Cons. Cont., 21 février 2006, Rev. lib. arb. 2006 n°38 p 26). **Au contraire**, l'article 2060 du code civil français subordonne l'efficacité des clauses compromissoires conclues par ces établissements à l'autorisation par décret ministériel (Trib. des conflits 16 octobre 2006, Rev. arb. 2006 somm p 1081). L'alinéa 2 de cet article ajouté en vertu de la loi du 9 juillet 1975 énonce : « *Des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre* ». En application de l'article 2060, un décret n°2002-56 du 8 janvier 2002 (JO 15 janvier 2002, JCP G 2002, III-20024) énonce dans son article unique que : « *Les établissements publics à caractère industriel et commercial mentionnés d'une part, à l'article 146 du code minier, d'autre part, aux articles 2 et 3 de la loi du 8 avril 1946 sont autorisés à compromettre* ».

TITRE II : REGLES SPECIFIQUES A LA CLAUSE COMPROMISSOIRE ET AU COMPROMIS D'ARBITRAGE

Pan. L'obligation de compromettre vise le prononcé par une tierce personne investie du pouvoir de juger, d'une décision tranchant le litige qui oppose les parties, revêtant l'autorité de la chose jugée. Pour atteindre cet objectif, le droit met à la disposition des parties deux moyens bénéficiant chacun d'une nature propre et de règles particulières : la clause compromissoire (Chapitre 1) et le compromis d'arbitrage (Chapitre 2).

CLAUSE COMPROMISSOIRE

CHAPITRE 1 : CLAUSE COMPROMISSOIRE

La clause compromissoire organise en amont le traitement de différends à venir et crée une obligation de saisir l'arbitre une fois le litige né. Nous évoquerons les conditions de ce traitement (Section 1) et ses effets (Section 2).

SECTION 1 : CONDITIONS DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

La validité de la clause compromissoire est subordonnée à la réunion d'une condition de forme (Paragraphe 1) et de certaines conditions fond (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : CONDITION DE FORME

192 Exigence d'un écrit. Aux termes de l'article 763 alinéa 1 NCPC libanais: "*La clause compromissoire n'est valable sauf (que) si elle est écrite dans le contrat principal ou dans un document auquel le contrat se réfère*". Il en résulte que la clause doit être écrite sous peine de nullité (La nullité de la clause entraînant la nullité de la sentence arbitrale : Beyrouth 25 février 2002, Rev. lib. arb. 2002 n°22 p73). Ainsi, la loi assigne à l'écrit la fonction d'une formalité solennelle, c'est-à-dire, pour la validité même de la clause compromissoire (Ch. JARROSSON, La clause compromissoire, Rev. arb. 1992, p 259), ce qui constitue une dérogation au principe selon lequel le contrat se forme solo consensus. Le défaut de l'écrit est sanctionné par la nullité de la clause. Cette nullité est relative et n'est encourue que si l'une des parties entend s'en prévaloir et n'accepte pas l'arbitrage (Req. 21 juin 1904, S. 1904,1,22 ; 13 janvier 1947, S. 1947,1,77).

193 Clause. Le législateur prévoit l'insertion de cette clause dans un contrat principal, auquel cas, elle constitue, à l'exemple des autres clauses, un élément d'un ensemble plus vaste qui est le contrat. Peu importe le mode d'expression du contrat principal (écrit ou oral), la clause compromissoire, elle, doit être toujours écrite. Si la clause est insérée dans un contrat commercial, la preuve du contrat sera libre conformément à l'article 254 du code de commerce libanais pour ce qui concerne l'approbation notamment, mais la clause, elle, doit être écrite (V. Trib. gr. inst. Paris 20 mai 1987 infirmé par Paris 9 décembre 1987, Rev. arb. 1988, p 573 cité par B. MOREAU art. préc. n° 66).

194 Accord spécifique. La clause compromissoire peut faire l'objet d'un accord spécifique, d'un instrumentum indépendant, auquel cas, le contrat principal remplira à son égard la fonction d'une formalité probatoire pour assurer la preuve de l'existence de la clause compromissoire. Dans ce cas, une fois le litige né, les parties seront dispensées de conclure un deuxième accord spécifique d'arbitrage (Beyrouth 19 décembre 1985, Al Adl 1986, p 307).

195 Clause compromissoire par référence. La clause compromissoire peut être souscrite dans "*un document auquel le contrat se réfère*" relève l'article 763 NCPC libanais. Il consacre donc expressément et rend valable la clause compromissoire par référence (Sur la validité d'une telle clause : Trib. pr. Inst. Beyrouth 3^e ch., jgt n°152 du 29 avril 2003, Rev. lib. arb 2004 n°30 p 62 ; v. B. OPPETIT, Clause arbitrale par référence, Rev. arb. 1988, p 117; La clause d'arbitrage par référence, Rev. arb. 1990, p 551). Cependant, l'article 763 NCPC ne régit ni la forme ni l'existence des stipulations qui, se référant à ce document, font la convention des parties.

196 Forme de la clause par référence. La référence peut ne pas être explicite. La jurisprudence exige que la référence ne soit pas énigmatique ou équivoque et qu'elle permette d'affirmer que la partie à qui elle est opposée en ait effectivement eu connaissance. A cet effet, la Haute Cour décèle une telle connaissance de l'existence de relations d'affaires habituelles entre les contractants (Cass. civ. 2^e, 21 janvier 1999, Gaz. Pal., Rec 2000 somm. p 2018, J. n°288, 14 octobre 2000, p 11, note E. de RUSQUEC ; v. aussi Cass. com. 15 juillet 1987, Rev. arb. 1990, p 627; Cass. civ. 11 octobre 1989, ibid 1990, p 134 cité par B. MOREAU, art. préc. n° 67). Dans une autre espèce, la Haute cour a estimé qu'il suffit que la conclusion du second contrat "*trouve son origine*

CLAUSE COMPROMISSOIRE

dans l'inexécution du premier contrat" dans lequel s'insère la clause compromissoire (Cass. civ. 1^e, 14 mai 1996, Bull. civ. n°198, p138) pour qu'elle lui soit opposable et ce, conformément au principe d'exécution de bonne foi consacré par l'article 1134 du code civil (Art. 221 COC).

197 Clause par référence et ignorance. En l'état actuel de la jurisprudence, l'ignorance raisonnable ne semble pas pouvoir être invoquée à titre de limite à la force obligatoire des clauses par référence (Cass. civ. 1^e, 6 février 2001, Peavy company, arrêt préc.).

PARAGRAPHE 2 : CONDITIONS DE FOND

Nous évoquerons le contenu de la clause compromissoire (§1) son autonomie (§2) ainsi que les questions relatives à sa novation (§3).

(§1) CONTENU DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

La clause compromissoire doit déterminer l'objet du litige (1). En outre, elle doit contenir sous peine de nullité (Art. 763 al. 2 NCPC lib.) *"la désignation de l'arbitre ou des arbitres en leur personne ou en leur qualité, ou la détermination des modalités de leur désignation"* (2).

1- DETERMINATION DE L'OBJET DU LITIGE

198 Activité professionnelle. En droit français, le domaine d'application de la clause compromissoire est limité aux matières commerciales à l'exclusion des matières civiles s'il n'en est disposé autrement par la loi (V. par ex. Cass. civ. 2^e, 28 septembre 2000, Gaz. Pal., Rec. 2001, somm p 859, J. n°123, 3 mai 2001, p. 50). La loi n°2001-420 du 15 mai 2001 (V. Ch. JARROSSON, Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 : JCP G 2001, I, 333 ; Ph. FOUCHARD, La laborieuse réforme de la clause compromissoire par la loi du 15 mai 2001, Rev. arb 2001 p 397s) appliquée à toute clause compromissoire fût-elle conclue antérieurement (Cass. civ. 1^e, 22 novembre 2005, JCP G 2005, II-10015 note E. CORNUT; V. L WEILLER, L'application dans le temps de l'article 2061 du code civil, Gaz. Pal. Rec. 2005, doctr. p. 982, j. n°118, 28 avril 2005 p 11) a enlevé une grande part de son intérêt en matière d'arbitrage à la distinction entre les matières civile et commerciale. Depuis cette loi, l'article 2061 du code civil dispose : *« Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle »*. Le premier critère de validité est donc désormais le point de savoir si le contrat contenant la clause compromissoire a été conclu à titre professionnel ou non. Si l'activité concernée est professionnelle pour les deux parties, la règle de l'article 2061 du code civil se suffit à elle-même ; la clause compromissoire est valable (Sur la validité de la clause insérée dans les statuts pour les contestations survenant entre associés d'une société de professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé « pour raison de leurs sociétés », par ex., Cass. com. 5 octobre 1999 ; Bull. IV, n°156 ; D. 1999, AJ, 99, obs. M.B. ; Gaz. Pal. 6-8 février 2000, 2, note GUEVEL ; Rev. arb. 2001, p 501). Si l'activité concernée n'est professionnelle que pour l'une des parties, la clause compromissoire n'est valable que si cette validité repose sur une autre raison. Il peut en être ainsi par application de l'article L 411-4 du code de commerce français si l'acte incluant la clause compromissoire est commercial par la forme. La distinction entre les actes civils et les actes commerciaux retrouve alors son utilité (Sur l'effet de la réforme sur le droit des sociétés, v. A. MOURRE, L'impact de la réforme de la clause compromissoire sur les litiges relatifs aux sociétés, Gaz. Pal., Rec 2002, Cahiers de l'arbitrage, doct p 22s).

199 Litiges éventuels. La clause compromissoire ne peut porter que sur des litiges éventuels; ce qui exclut de son champ d'application les litiges antérieurs à son acceptation (Cass. com. 19 novembre 2002, Gaz. Pal., Rec 2003, somm. p. 1846, J. n°151, 31 mai 2003, p 13). Par ce trait, elle se distingue du compromis qui a pour objet des litiges déjà nés. Il n'est pas nécessaire que les parties procèdent à une description minutieuse et détaillée des litiges. Il suffit que le ou les litiges soient déterminables (Beyrouth 8 mars 1988, Rev. jud. lib. 1988, p 704). Les parties ne peuvent se lier valablement par une clause prévoyant la résolution par arbitrage de *"tous litiges"* survenant entre elles. La clause compromissoire par laquelle on s'engage vaguement à

CLAUSE COMPROMISSOIRE

soumettre à des arbitres des difficultés qui pourraient naître, est nulle (Grenoble, 28 juin 1843, Rec. Jurisp. Grenoble t. 12, 36 rapp. par Pand. fr. n° 275, 51). L'article 762 NCPC libanais se borne à évoquer les litiges qui pourraient naître du contrat civil ou commercial sans autre précision sur la relation qui doit exister entre le litige et le contrat. La jurisprudence a étendu la clause compromissoire inscrite dans un contrat cadre aux contrats d'application où elle ne figure pas (Cass. com. 5 mars 1991, Rev. arb. 1992, p 70 note L. AYNES) et au litige relatif à la rupture du contrat initial contenant une clause compromissoire (Paris 1^e ch., 24 mai 2000, Rev. arb. 2001 p 537 note P. DIDIER. V. supra n°145s).

200 Modification de l'objet. La question est de savoir si l'objet du litige de la clause compromissoire peut être modifié ? Si toutes les parties en conviennent la modification, notamment par voie d'élargissement, est parfaitement valable (Beyrouth, 21 février 2008, Rev. lib. arb. 2008 n°45 p 39). Qu'en est-il faute d'accord expresse ? La réponse positive s'impose dans la mesure où, à ce stade, il n'y a pas encore de litige né, défini par l'accord des parties. Ce seront les mémoires des parties qui le détermineront et les demandes additionnelles, suivant le régime des demandes incidentes recevables en cas de lien suffisant avec les demandes principales (J. ROBERT et B. MOREAU n°94 ; M. de BOISSESON, n°241 ; E. LOQUIN, JCL, Procédure civile Fasc 1032 n°28). Dans un arrêt du 8 avril 1999 (Cass. civ. 2^e, 8 avril 1999, Rev. arb. 2000 p 106 note Ph. FOUCHARD ; JCP G 1999, II-10136 note A. VIANDIER, RTD com 1999, p 652 obs. E. LOQUIN; Gaz. Pal. 2001, somm p 11 note E. Du RUSQUEC ; Bull. Joly, 1999, p 1177 note A. COURET), la Cour décide que les demandes nouvelles ne sont recevables que parce qu'elles se rattachent par un lien suffisant aux prétentions des parties constitutives, en l'espèce, de l'acte de mission. Ce faisant, le litige arbitral n'est plus déterminé par la clause compromissoire dans sa rédaction initiale mais par l'acte de mission. L'acte de mission se substitue à la clause arbitrale comme « instrument » de détermination de l'objet du litige. La conséquence n'est pas négligeable : l'appréciation du dépassement par l'arbitre de la mission n'est plus fonction du contenu de la clause compromissoire mais du contenu de l'acte de mission ou du compromis délimitant les points litigieux (Montpellier 12 décembre 2000, JCP E 2002, p 325s note F. AUCKANTHELER).

201 Interprétation de l'objet. La question est de savoir si l'interprétation de la clause est restrictive ? La lecture de la jurisprudence démontre une nette évolution vers la reconnaissance d'une égalité dans l'interprétation entre l'arbitrage et la voie judiciaire. En effet, l'arbitrage était considéré comme une exception au principe suivant lequel la justice est rendue par les juridictions étatiques. L'interprétation était donc restrictive (Paris 11 mai 1986, Gaz. Pal. 1986, 1, 298 note J. RIPOLL). Mais la jurisprudence fit une application de plus en plus souple de l'interprétation. Ainsi, il a été jugé que lorsque la clause compromissoire vise les litiges relatifs à "*l'interprétation et à l'exécution du contrat*", les arbitres restent compétents pour statuer sur la validité du contrat (Paris 9 mars, 1972 RTD com. 1972, p 344 M. BOITARD et J.-CL DUBARRY; Cass. com. 13 mars 1978, Rev. arb. 1979, p 339 note Ph. FOUCHARD), ou sur la résolution de celui-ci (Beyrouth 3^e ch., arrêt n°1712 du 14 octobre 2004, Rev. lib. arb. 2004 n°32 p15). En revanche, la clause portant sur les litiges relatifs à l'interprétation du contrat ne concerne pas les questions afférentes à sa validité (Cass. lib. civ. 2^e, 2 mai 2007, Cassandre 2007/5 p 945). L'approche restrictive de l'interprétation est désormais abandonnée au profit de l'analyse de la volonté des parties (Paris 13 février 2003, Rev. arb. 2004, p 317 spéc. p 327obs J.-B. RACINE, Beyrouth 3^e ch., 28 janvier 2004, Rev. lib. arb. 2004 n°29 p 44; Trib. 1^e Inst. Mont-Liban 3 juin 2005, Al Adl 2006 p 1229).

2- DESIGNATION DES ARBITRES OU DES MODALITES DE LEUR DESIGNATION

202 Désignation ad hoc. L'article 763 alinéa 2 NCPC libanais n'impose aucun mode impératif de désignation des arbitres mais exige pour la validité de la clause compromissoire qu'elle désigne l'arbitre en sa personne ou qualité ou, à défaut, qu'elle prévoit les modalités de sa désignation à peine d'être déclarée manifestement nulle (V. Beyrouth 29 janvier 2009 Al Adl 2009/2 p 648; Paris 1^e ch., 15 mai 2002, Gaz. Pal., Rec 2002, somm, p 1812, J. n°355, 21 décembre 2002, p 8; Pdt Trib 1^e Inst Beyrouth, 21 février 2006, Rev. lib. arb. 2006 n°40 p 87). Les parties ont toute liberté pour

CLAUSE COMPROMISSOIRE

s'accorder sur lesdites modalités. Par exemple, elles peuvent convenir dans une clause compromissoire de la désignation future d'un arbitre par « *commun accord* » (Cass. lib. civ. 26 janvier 1988, Rev. jud. lib. 1988, p 28; Beyrouth, 16 octobre 2008, Cassandre 2008/10 p 1897). L'acceptation des modalités de désignation prive les parties de pouvoir contester la régularité du tribunal arbitral (Beyrouth, 21 février 2008, Al Adl 2008/2 p 687). En revanche, la clause par laquelle les parties se réservent le droit de recourir à un arbitre « *en cas de nécessité* » n'emporte pas désignation ferme de l'arbitre et n'est pas constitutive d'une clause compromissoire (Cass. lib. civ. 1^e, arrêt n°56, 16 octobre 2003, Rev. Cassandre 2003/10 p 1388).

203 Désignation institutionnelle. Les parties peuvent faire référence à un règlement d'un organisme d'arbitrage. La validité d'une telle clause ne fait aucun doute (Cass. civ. 25 février 1966, Bull. civ. II n° 268). Le rôle de l'organisme se limitant à l'organisation de l'arbitrage puisque les arbitres ne peuvent être que des personnes physiques (Art. 768 alinéa 1 NCPC lib.).

204 Désignation par renvoi au NCPC. L'arbitre est désignable lorsque les parties conviennent que l'arbitrage aura lieu suivant les règles du code de procédure civile. La jurisprudence considère qu'un tel renvoi est suffisant dans la mesure où l'article 764 NCPC libanais prévoit la désignation de l'arbitre par le président du tribunal de première instance. Ce faisant, l'article 764 évoque les modalités de désignation de l'arbitre (Beyrouth 3^e ch., 19 octobre 2000, Rev. lib. arb. 2000 n°16 p61). Jugé que lorsque les parties prévoient dans la clause compromissoire que le litige sera tranché suivant les dispositions du code de procédure civile et omettent de désigner l'arbitre dans l'emplacement réservé à son nom, la référence au code de procédure civile qui évoque les modalités de désignation de l'arbitre, permet de mettre en œuvre les dites modalités et, par conséquent, de décider qu'il appartiendra alors au président du tribunal de première instance compétent de désigner l'arbitre (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°27 du 28 février 2002, Rev. lib. arb. 2002 n°22 p 76 ; Rec. civ. Sader 2002 p 380).

(§2) AUTONOMIE DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

205 Situation de la question. En principe, toute obligation peut figurer soit dans un même acte juridique soit faire l'objet d'un acte instrumentaire distinct. Dans la première hypothèse, il faut souligner la spécificité de la notion d'extinction du contrat par rapport à celle d'extinction des obligations. Certes, l'extinction du contrat peut être liée à l'extinction des obligations contractuelles. Ainsi, le contrat peut d'abord être éteint parce que toutes les obligations qui en sont issues sont éteintes par des causes qui leur sont propres. A l'inverse, les obligations contractuelles déjà nées du contrat et non encore exécutées, peuvent être éteintes parce que la relation juridique est, plus ou moins, entièrement remise en cause par l'événement extinctif comme justement, par la nullité du contrat. Ainsi, tantôt il y a extinction du rapport d'obligation en ce sens que l'extinction du contrat est liée à l'extinction des obligations qui en sont nées. Dans ce cas, l'extinction du contrat met fin à sa force obligatoire. Tantôt, il y a extinction du seul rapport contractuel, en ce sens que le contrat sera éteint dans son seul effet créateur d'obligation à naître, sans que les obligations contractuelles déjà nées ne soient affectées par cette extinction. Dès lors, toute force obligatoire du contrat n'est pas anéantie par ce type d'extinction. Elle subsiste pour assurer l'exécution effective des obligations nées du contrat avant l'événement extinctif. Dans la deuxième hypothèse, l'obligation fait l'objet d'un acte instrumentaire distinct, se pose alors la question suivante: la nullité d'un acte instrumentaire donné peut-elle s'étendre à un autre acte instrumentaire en raison d'un lien de connexité ou d'indivisibilité? Deux situations doivent alors être distinguées : d'une part, lorsque la clause est par nature même l'accessoire d'un contrat, la nullité du contrat principal entraîne, en principe, l'anéantissement de celui qui est accessoire. Il ne s'agit en réalité que d'une simple application de la maxime: "*accessorium sequitur principale*"; d'autre part, lorsqu'un acte juridique est nul, tous les actes qui ont été accomplis en exécution de ce premier maillon de la chaîne subissent le même sort.

CLAUSE COMPROMISSOIRE

206 Autonomie par rapport à la nullité. Aux termes d'une formule aujourd'hui classique, la clause compromissoire en raison de son autonomie par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'intègre n'est pas affectée, sauf stipulation contraire, par l'inefficacité de cet acte (Cass. com. 25 novembre 2008 JCP G 2009, II-10023 note D. MAINGUY; Rev. arb. 2008, somm. p 850; Adde; Cass. civ. 2^e, 20 mars 2003, D 2003, somm p 2470, obs. Th. CLAY, Gaz. Pal., Rec. 2003, somm. p 1846, J. n°147, 27 mai 2003, p. 10 Rev. arb. 2003, somm. p 552; Cass. civ. 4 et 9 avril 2002; JCP E 2002, 1555, note O. GOUT; Rev. arb 2003 p 103 note P. DIDIER; RTD com 2003, p 62, Chron. E. LOQUIN; JCP, G, 2002, II-10154 note S. REIFEGERSTE; D 2003, somm p 2470, obs. Th. CLAY; D 2003, jur. P. 1117 note L. DEGOS). Ainsi, l'éventuelle nullité de la convention principale n'aura pas d'incidence sur la validité de la clause d'arbitrage. Le principe de l'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage interne est également retenu par la Cour d'appel de Beyrouth pour qui : « *La nullité du contrat n'entraîne pas la nullité de la clause compromissoire qu'il contient; celle-ci étant indépendante du contrat* » (Beyrouth 3^e ch., arrêt n°1714, 24 octobre 2004 Rev. lib. arb. 2004 n°32 p 22; 16 octobre 2007 Al Adl 2008/1 p 257).

207 Autonomie par rapport à l'inexistence. Le principe de l'autonomie appliqué de longue date en arbitrage international au cas de la nullité du contrat (Cass civ 1^e, 7 mai 1963, Rev. arb. 1963 p 60 note FRANCESKAKIS, JCP G 1963 II, 13405 note GOLDMAN) a été étendu au cas de l'inexistence du contrat (Cass. civ. 1^{re} ch., 25 octobre 2005, Rev. arb. 2006 p 103 note JB RACINE) : « *En application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent* ». A ce propos, la Cour d'appel de Beyrouth avait eu l'occasion de préciser que : « *L'arbitre peut connaître des litiges relatifs à l'inexistence du contrat sans que cette inexistence une fois constatée n'ait d'incidence sur la clause elle même* » (Beyrouth 3^e ch., 22 mars 2001 Rev. lib. arb. 2001 n°18 p26).

208 Autonomie réciproque. Le principe d'autonomie joue dans ces deux sens. Dans un arrêt du 15 mai 2008, la Haute cour française (JCP G 2008, I-122 n°1 note J. BÉGUIN) enseigne que la nullité de la clause compromissoire n'emporte aucunement « *la nullité totale du contrat qui la contient* » (En ce sens art. 1446 CPC fr. et art. 764 alinéa dernier NCPC lib). Par conséquent, la clause prévoyant que la nullité d'une seule clause entraînerait celle du contrat est inapplicable à la clause arbitrale.

(§3) NOVATION DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

La novation consiste à créer une obligation nouvelle en remplacement d'une obligation ancienne (Art. 320 COC) ainsi éteinte (Art. 325 alinéa 1 COC). En matière d'arbitrage, la question de la novation surgit tant en ce qui concerne la clause compromissoire elle même que du contrat support (Sur la question, v. P. ANCEL, Arbitrage et novation, Rev. arb. 2002 p 3s).

209 Novation de la clause arbitrale. La question se pose lorsque l'une des parties prétexte de certains annexes, ajouts ou modifications, dans le but de remplacer la clause compromissoire primitive par une clause nouvelle. Ici, la solution consiste à voir si les conditions de la novation – obligation valable, élément nouveau et volonté de nover – sont exceptionnellement réunies, auquel cas, la novation produira valablement son effet extinctif de la clause primitive. A défaut, les ajouts et modifications n'auront aucun effet novatoire : la clause compromissoire continuera à produire son plein effet sauf convention contraire (Cf. Cass. civ. 2^e, 7 décembre 2000, arrêt n°1288, pourvoi n°99-10-728).

210 Novation du contrat. La question de l'incidence de la novation du contrat qui contient la clause compromissoire se présente en cas de changement de l'obligation ou du contractant (Art. 323 COC). Dans la première hypothèse, on prétendra qu'un nouveau rapport de droit est venu remplacé l'ancien (Pour un ex., voir Paris 1^e ch, 2 novembre 1999, Gaz. Pal., Rec. 2001, somm p 1916, J n°321 17 novembre 2001, p. 13). Dans la seconde hypothèse, on considérera que le nouveau contractant est étranger à l'engagement primitif de compromettre. L'application pure et

CLAUSE COMPROMISSOIRE

simple de la novation entraîne l'extinction de l'obligation primitive de compromettre. Cependant, la jurisprudence apporte en matière d'arbitrage une limite au principe de l'effet extinctif de la novation en raison de l'autonomie de la clause compromissoire. Dans un arrêt rendu en matière d'arbitrage international, la Cour de Cassation considère que la novation ne peut avoir pour effet de priver d'efficacité la clause compromissoire insérée dans le contrat (Cass. civ. 1^e, 10 mai 1988, Bull I n°139 p 96 ; Rev. arb. 1988 350 note Ch. JARROSSON cité par P. ANCEL art préc p 8). Ce même principe ayant été étendu à l'arbitrage interne par un arrêt de la Cour d'appel de Paris (Paris 8 octobre 1998, Rev. arb 1999, p 350 note P. ANCEL et O. GOUT). Dans une espèce, le recourant prétendait que le contrat primitif contenant une clause compromissoire fut remplacé par substitution de contractant entraînant novation du contrat à l'exclusion de la clause compromissoire qui le contenait, la Cour d'appel a rejeté ces allégations au motif que les conditions de la novation n'étaient pas réunies en se basant sur l'article 320 COC libanais aux termes duquel : « *La novation ne se présume point mais doit résulter clairement de l'acte* ». En outre, la Cour d'appel a relevé que le deuxième contrat visait en réalité l'exécution du premier (Beyrouth 10^e ch., 18 décembre 2000, Rev. lib. arb. 2000 n°17 p 72). C'est donc dans la volonté des parties que les juges vont rechercher la portée temporelle de la nouvelle clause compromissoire (Paris 22 mai 2003, JCP G 2004, chron Droit de l'arbitrage, p 502 n°6 obs. Ch. SERAGLINI; Paris 11 juin 1998 [2^e esp] Rev. arb. 2002 p 147).

SECTION 2 : EFFETS DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

La clause compromissoire produit deux effets: un effet positif qui consiste en la saisine des arbitres (Paragraphe 1) et un effet négatif qui se manifeste par le dessaisissement des juridictions étatiques (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : SAISINE DES ARBITRES

211 Force obligatoire du contrat. Conformément à l'article 221 COC : « *Les conventions régulièrement formées obligent ceux qui y ont été parties* ». Ainsi, la force du contrat impose sa réalisation. Le créancier de l'obligation de compromettre a incontestablement le droit d'obtenir la stricte exécution de la clause compromissoire (Cf art. 249 COC : « *Autant que possible, l'exécution des obligations doit avoir lieu en nature, le créancier ayant un droit acquis à la prestation même qui forme l'objet du rapport obligatoire* »).

212 Exécution en nature. Le créancier peut-il forcer son débiteur à l'exécution en nature ? En principe, l'exécution forcée est exclue parce qu'elle est attentatoire à la liberté individuelle et à la personne même du débiteur. C'est ce qui résulte clairement de l'article 251 COC aux termes duquel: « *Cette procédure [exécution forcée] est cependant inapplicable aux obligations dont l'exécution en nature implique absolument l'intervention personnelle du débiteur ...* ». L'article 251 reprend l'adage *nemo potest praecise cogi and factum* (Nul ne peut être contraint à l'accomplissement direct d'un fait), il exclut la contrainte sur la personne. Néanmoins, le même article prévoit une astreinte pour inciter le débiteur récalcitrant à exécuter. L'astreinte joue sans préjudice des dispositions de l'article 252 COC qui énonce que : « *Lorsque l'obligation n'est pas exactement et intégralement exécutée en nature, le créancier a droit à des dommages-intérêts qui viennent se substituer, faute de mieux, à l'exécution directe de l'engagement [alinéa 1]* ». Il en résulte que la clause compromissoire n'est pas susceptible d'une exécution forcée, en nature. Mais le débiteur, en contrepartie de l'inexécution, versera au créancier des dommages-intérêts.

213 Exécution par équivalent. La détermination des dommages-intérêts est effectuée en règle générale par le juge (Art. 259 COC). Conformément à l'article 260 du même code, les dommages-intérêts « *doivent correspondre au préjudice éprouvé et au gain manqué* ». Cependant, les parties peuvent envisager contractuellement la question des dommages-intérêts. Parfois, les clauses prévoient une procédure d'arbitrage pour la détermination du montant des dommages-intérêts. Considérant les difficultés à évaluer le préjudice résultant de la saisine d'un tribunal judiciaire au lieu et chef de l'arbitre, il est préférable que les

CLAUSE COMPROMISSOIRE

parties procèdent à une évaluation préalable et forfaitaire des dommages-intérêts dûs par le débiteur en cas d'inexécution de l'obligation de compromettre, en insérant dans l'accord arbitral une clause pénale.

214 Palliatifs au défaut d'exécution. La marge des manœuvres du débiteur est réduite dans la mesure où l'article 778 NCPC libanais reconnaît à la partie la plus diligente de constituer seule le tribunal arbitral. De même, l'article 764 du même code envisageant le cas où le défendeur refuse ou entrave l'exécution de la clause compromissoire, reconnaît au demandeur le droit de s'adresser au président du tribunal de première instance afin de désigner le ou les arbitres chargés alors de trancher le litige pendant entre les parties.

215 Compromis d'arbitrage. La question est de savoir si la mise en œuvre de la saisine de l'arbitre nécessite la conclusion d'un compromis d'arbitrage une fois le litige est né ? Lorsque la clause compromissoire est valable, elle produit pleinement ses effets en conformité avec l'article 221 COC. La signature d'un compromis n'est pas nécessaire à la mise en œuvre de l'arbitrage en présence d'une clause compromissoire préexistante dont l'objet est précisément de permettre de recourir à cette procédure sans le concours de la partie récalcitrante une fois le litige né. Cette convention autonome qui se suffit à elle-même comporte à elle seule l'obligation de saisir le tribunal arbitral (Pdt Trib. pr. Inst. 1^e ch. jgt n°3-51, 31 janvier 2003, Rev. lib. arb. 2004 n°31 p 15). Comme le relève la Haute Cour : « *La stipulation d'une clause compromissoire dispense de l'établissement d'un compromis* » (Cass. civ. 2^e, 11 juillet 2002, D. 2002, Inf. rap. p. 2846 ; Gaz Pal, Rec. 2002, somm. p 1816, J. n°355, 21 décembre 2002, p. 13 note X ; Rev. arb. 2004, p. 285 [1^{ère} esp], obs. M. BANDRAC). Si les parties concluent un tel compromis, il ne sera pas considéré comme la convention d'arbitrage constitutive, mais un acte purement facultatif et dénué de tout formalisme (Paris 25 mars 1999 Rev. arb. 2003 p 123 note Ph. FOUCHARD).

216 Compétence-compétence. Parfois l'arbitre se voit contester sa saisine notamment pour incompetence. La question est de savoir si l'arbitre peut trancher la contestation relative à sa compétence ? La réponse positive est apportée par l'article 785 NCPC libanais qui énonce : « *Si l'un des plaideurs conteste devant l'arbitre le principe ou l'étendue de son pouvoir à connaître de l'affaire qui lui est soumise, il lui appartient de trancher cette contestation* » (Art. 1466 CPC fr.). Ainsi, le principe de la « *compétence-compétence* » se trouve expressément consacré par le législateur libanais (Pdt Trib. pr. Inst Beyrouth 1^e ch., jgt n°3-51, 31 janvier 2003, Rev. lib arb. 2004 n°31 p16 ; 18 février 2004, Rev. lib. arb 2004 n°29 p49). En outre, ce principe est conforté par l'interdiction faite au juge de connaître d'un litige dont le tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage.

217 Règle de priorité. Le droit français au même titre que le droit libanais a érigé en règle matérielle le droit pour l'arbitre de se prononcer, par priorité, sous le contrôle du juge de l'annulation, sur sa compétence. Cette règle est conçue non pas comme un obstacle s'imposant définitivement au juge judiciaire, mais seulement comme un interdit provisoire : il consiste en l'obligation faite au juge de laisser le soin à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence (Cass. com 25 novembre 2008 JCP G 2009, II-10023 note D. MAINGUY ; Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°19, 19 février 2002, Rev. lib. arb. 2002 n°2 p 66). Le juge de l'annulation contrôle la décision du tribunal arbitral sur sa compétence en recherchant tous les éléments de droit et de fait permettant d'apprécier la portée de la convention d'arbitrage et d'en déduire les conséquences sur la conformité de la mission conférée aux arbitres (Paris 15 mai 2008, Rev. arb. 2008 somm p 344). Mais le juge étatique aura le dernier mot au stade du contrôle de la sentence (Cass. civ. 1^e, 6 janvier 1987, Rev. arb. 1987, p 469 note Ph. LÉBOULANGER ; RTD civ 1988, p 230 obs. MESTRE).

218 Priorité et ordre de protection. La question est de savoir si la règle de priorité s'applique lorsque l'inabitabilité vise à protéger la partie faible, employé ou consommateur ? Malgré les réserves que l'on a pu émettre à l'égard de son application (I. FADLALLAH, Priorité à l'arbitrage : entre quelles parties ? Gaz. Pal., Rec 2002, Cahiers de l'arbitrage n°2002/1 spéc. p 27 ; qui relève que l'application

CLAUSE COMPROMISSOIRE

de l'article 1458 NCPC dans ce cas serait ignorer la protection en imposant deux procédures au lieu d'une et ne dissuaderait pas de l'insertion de la clause d'arbitrage), la jurisprudence maintient la priorité à l'arbitrage (Paris 7 décembre 1994, Jaguar, Rev. arb. 1996, p 345 note Ch. JARROSSON, RTDcom 1995, 401 obs. J-CL DUBARRY et E. LOQUIN, conf. par Cass. civ. 1^e, 21 mai 1997 Rev. arb. 1997 p 537, note E. GAILLARD).

219 Compétence et excès de pouvoir. La question est de savoir si le non respect de la règle de priorité est constitutif d'une violation de la compétence de l'arbitre ? Dans un arrêt du 27 juin 2004, la Haute Cour française considère qu'il s'agit d'un excès de pouvoir (Cass. civ. 2^e, 27 juin 2002, RTD com 2002, p 655, note E. LOQUIN, Gaz. Pal., Rec 2002, somm p 1526, J. n°299, 26 octobre 2002, p18). En effet, comme le relève un auteur (D. FOUSSARD, Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage, Rev. arb. 2002 p 579s spéc. 594 ; v. aussi en ce sens Ph. THERY, note sous Cass. civ. 22 novembre 2001, Rev. arb 2002 p 372 spéc p 374) : « *La question ne se pose pas en termes de compétence : celle-ci implique une répartition entre juges alors qu'en matière d'arbitrage, le juge s'interdit d'intervenir du seul fait de la présence d'une convention d'arbitrage et avant même la saisine de l'arbitre. De même, lorsque le juge se prononce sur sa compétence, il dispose toujours du pouvoir de trancher, en fait et en droit, les questions y relatives alors qu'en arbitrage, son rôle se limite à constater l'existence d'une instance arbitrale ou d'une convention d'arbitrage, sans pouvoir aller plus loin dans son appréciation* ».

220 Etendue de la règle. L'arbitre a la priorité pour statuer sur l'existence, la validité, l'étendue (Cass. civ. 1^e, 26 juin 2001, Rev. arb. 2001, p 529 obs. E. GAILLARD), et sur l'interprétation de la convention d'arbitrage (Paris 1^e ch., 7 février 2002, Rev. arb. 2002, p 413 note Ph. FOUCHARD). Quels que soient les arguments soulevés par les parties, ils tomberont sous le coup de la règle de priorité : forme, preuve, absence ou vice de consentement (Cass. civ. 1^e, 1^{er} décembre 1999, Rev. arb. 2000, p 96 note FOUCHARD), non arbitrabilité du litige en raison de la matière (Cass. civ. 1^e, 5 janvier 1999, Zanzi, Rev. arb. 1999, p 260 note Ph. FOUCHARD) etc. La règle de priorité s'applique même si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi. Conformément à l'article 1458 CPC français, la règle de priorité ne joue plus en cas de nullité ou inapplicabilité manifeste. A ce propos, jugé qu'une rédaction lacunaire de la clause compromissoire qui omettrait les litiges relatifs à la validité du contrat ne suffit pas à caractériser l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire (Cass. civ., 1^e 12 décembre 2007, 1^e esp Rev. arb. 2008 p 677 note O. CACHARD). De la même façon, une clause compromissoire qui ne vise pas explicitement les litiges relatifs à l'obligation de paiement dans une cession d'actions n'est pas manifestement inapplicable (Cass. civ. 1^e 8 juillet 2008, 2^e esp, Rev. arb. 2008 p 677 note O. CACHARD). Egalement, la complexité du montage des ensembles contractuels fait échec à la caractérisation prima facie d'une inapplicabilité manifeste de la clause (V. Paris 25 octobre 2006, 4^e esp., Rev. arb. 2008 p 677 note O. CACHARD et Cass. civ. 1^e, 25 novembre 2008, 3^e esp. Rev. arb. 2008 p 677 s note O. CACHARD; Adde Cass. civ. 1^e, 25 avril 2006, Rev. arb. 2008 p 299 s note L. KIFFER). Comme l'a écrit un auteur averti (E. LOQUIN, Le contrôle de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire RTD com 2006 n°4 p 764), seule l'indifférence objective de la clause compromissoire à la matière litigieuse peut constituer un cas d'inapplicabilité manifeste mais dès lors que l'application de la clause compromissoire au litige présuppose une analyse ou une interprétation des liens susceptibles d'exister entre la convention d'arbitrage et le litige, la clause d'arbitrage n'est pas manifestement inapplicable. Le droit libanais ne contient pas de texte similaire à l'article 1458 CPC français (E. LOQUIN, note sous Cass. civ. 23 mai 2006, Rev. arb. 2008 p 70 spéc. p 78). Aussi, dans une approche libérale, la quatrième chambre de la Cour de cassation libanaise constate que la règle de priorité joue même en présence d'une nullité manifeste (Cass. lib. civ. 4^e, 1^e août 2003, Cassandre 2003/8 p 1273).

PARAGRAPHE 2 : DESSAISISSEMENT DES JURIDICTIONS ETATIQUES

Le principe du dessaisissement des juridictions étatiques est un effet naturel de la clause compromissoire (§1), il peut souffrir de certaines limites (§2).

(§1)- PRINCIPE DU DESSAISISSEMENT

221 Source. La jurisprudence française a depuis toujours attaché un tel effet à la clause compromissoire (Rouen 21 décembre 1907, DP 1909, 2, 303; Cass. civ. 22 janvier 1946, Gaz. Pal. 1946,1, p. 34; Cass. civ. 21 avril 1967, D. 1967, 547, note J. ROBERT). Cette incompétence des juges étatiques est aujourd'hui clairement posée en droit interne par l'article 1458 CPC français qui énonce que : *“Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente. - Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit pas manifestement nulle”*. La jurisprudence française a appliqué l'article 1458 à l'arbitrage international (Cass. civ. 1^e, 28 juin 1989, Rev. arb. 1989, p 653 obs. Ph. FOUCHARD). Le code de procédure civile libanais, tant ancien que nouveau, n'a pas prévu de disposition similaire. Cependant, doctrine et jurisprudence s'accordent sur l'incompétence des juridictions étatiques (Cass. lib. civ. 9^e, 20 juin 2006, Cassandre 2006/6 p 1414 spéc. p 1416; Cass. lib. civ. 1^e, 3 avril 2006 Cassandre 2006/4 p 810). Le problème du défaut de codification est contourné par la ratification du Liban de la convention de New-York du 10 Juin 1958 qui énonce expressément dans son article 2 alinéa 3 : *“Le tribunal de l'Etat contractant saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage, au sens indiqué dans le présent article [compromis ou clause compromissoire], doit renvoyer les parties, à la demande de l'une d'elles, à l'arbitrage, à moins qu'il n'apparaisse au Tribunal que ladite convention est nulle, inopérante ou non susceptible d'application”*.

222 Mise en œuvre du principe. Le demandeur notifie au défendeur sa volonté de recourir à l'arbitrage conformément aux règles conventionnelles de désignation et si pour une raison quelconque, la désignation des arbitres rencontre un obstacle, le demandeur pourra demander au président du tribunal de première instance d'y procéder puisque ce dernier a une compétence subsidiaire à cet effet et ce, conformément aux dispositions de l'article 764 NCPC libanais. Le dessaisissement produit son plein effet par la simple existence de la clause compromissoire et non par la constitution du tribunal arbitral. Le juge judiciaire doit se déclarer incompétent à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou inapplicable.

223 Recevabilité. Comme toute exception d'incompétence, celle-ci doit être soulevée devant le juge étatique in limine litis, avant toute défense au fond à peine d'irrecevabilité (Cass. civ. 1^e, 23 janvier 2007, Rev. arb. 2007, p 290 obs J. PELLERIN; Cass. civ. 2^e, 21 décembre 2006, Rev. arb. 2007 somm p 132; Cass. lib. civ. 4^e, 22 mars 2006, Cassandre 2006/3 p 614s spéc. p 616; Cass. civ. 22 novembre 2001, Rev. arb. 2002 p 371 note Ph. THERY qui distingue la compétence du pouvoir juridictionnel. Dans le même sens : Paris 25^e ch., 10 janvier 2003, RTD com 2003 p 314, chron. C. CHAMPAUD et D. DANET; Liban-nord, 19 janvier 2006 Cassandre 2006/1 p 200; Beyrouth 20 mai 1993, Rev. jud. lib. 1993, p 713; Beyrouth 26 décembre 1967, IDREL, p 4).

224 Office de l'arbitre. Aux termes de l'article 1458 alinéa 3 CPC français : *« La juridiction ne peut relever d'office son incompétence »*. Le droit libanais ne comporte pas de dispositions similaires. Une certaine jurisprudence n'interdit pas moins aux juges du fond de soulever d'office une telle exception d'incompétence si les parties omettent de le faire (Cass. lib. civ. 1^e, 13 juin 1974 IDREL, p 6; 26 mars 1960 Ibid, p 92). Cependant, le plaideur qui débat des mesures provisoires et conservatoires demandées n'est pas considéré débattre du fonds du litige puisque de telles mesures ne concernent pas ledit fond, il sera par conséquent toujours recevable à soulever l'incompétence ratione materiae (Trib. pr. Inst. Beyrouth 6 juin 1988, Al Adl 1989, p 322).

225 Dessaisissement et délai d'arbitrage. La renonciation à la compétence des tribunaux étatiques que la clause exprime subsiste après l'expiration du délai d'arbitrage. Les parties, après l'expiration de ce délai, ne peuvent sauf nouvel accord de volonté en sens contraire que provoquer la constitution d'une nouvelle juridiction arbitrale (Cf. sur ce point, les observations

CLAUSE COMPROMISSOIRE

de J. G. BETTO, Rev. arb., 2002, spéc. p. 909 ; v. également Ch. JARROSSON, Rev. arb. 1994 p 154 ; E. LOQUIN, JCl. Proc. civ., fasc. 1032, Compétence arbitrale, Etendue, n°92 ; Cass. civ. 2^e, 18 février 1999, Rev. arb., 1999, p 299, 2^e esp. note Ph. PINSOLLE).

(§2)- LIMITES DU PRINCIPE

Le principe du dessaisissement des arbitres souffre de certaines limites : la clause compromissoire n'exclut la compétence ni du juge des référés (1), ni du juge de l'exécution (2), ni celle du juge pénal (3). En outre, les parties peuvent renoncer à l'arbitrage (4).

1 – COMPETENCE DU JUGE DES REFERES

L'intervention du juge des référés est justifiée par l'urgence ou par l'atteinte manifeste aux droits (1.1). De même, le juge intervient pour accorder une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable (1.2). Mais en aucun cas la saisine du juge des référés n'est nullement constitutive de renonciation à l'arbitrage (Liban-Nord 6^e ch., arrêt n°504, 15 mai 2003, Al Adl 2003 p 168).

1.1 - MESURES CONSERVATOIRES OU PROVISOIRES

La question est de savoir si le juge des référés peut accueillir une demande en relation avec le litige objet de la convention d'arbitrage ?

226 Tribunal arbitral non constitué. Il est unanimement admis que : « *La clause compromissoire n'exclut pas, tant que le tribunal n'est pas constitué, la faculté pour une partie de saisir le juge des référés afin d'obtenir des mesures provisoires ou conservatoires* » (Cass. civ. 2^e, 7 mars 2002, Rev. arb. 2002 p 214 ; D. 2002, Inf. rap. 1113 note X ; Gaz. Pal., Rec 2002, somm. p 753, J. n°162, 11 juin 2002, p 17 ; Cass. civ. 6 mars 1990, Bull. civ. I n°64 ; Cass. civ. 11 octobre 1995, Bull. civ. II n°235 ; Paris 14^e ch., 28 février 2003, Gaz. Pal., Rec. 2003, somm. p. 1847, J. n°151, 31 mai 2003, p. 20 ; v. Cass. civ., 2 juin 1998, IDREL, p 268/269 ; 1^{er} avril 1997, Rev. jud. lib. 1997, p 447 ; Réf. Beyrouth 7 septembre 1984 IDREL, p 8 ; Al Adl 1985, p 252 ; Référé Beyrouth, 17 avril 2006, Rev. lib. arb. 2007 n°41 p 46 ; Al Adl 2006 p 1646 ; Référé Baabda, 27 avril 2001, Rev. lib. arb. 2002 n°21 p 20). Le tribunal est réputé constitué au moment de l'acceptation de sa mission par le dernier arbitre laquelle, marque le début de l'instance arbitrale (Cass. civ. 1^e, 25 avril 2006 JCP G 2006, I-187 n°3 obs. J. BÉGUIN). A ce propos, la cour de cassation pose le principe selon lequel *"l'absence d'instance au fond, qui constitue une condition de recevabilité de la demande, devrait s'apprécier à la date de la saisine du juge des référés"* (Cass. civ. 2^e, 28 juin 2006, Bull. civ. 2006 II n°173 ; Paris 23 janvier 2008, JCP 2008 I-164 obs. J. ORTSCHIEDT). L'intervention du juge des référés est soumise à la condition de l'urgence (Cass. civ. 2^e, 18 octobre 2001, Gaz. Pal., Rec. 2002, somm p 911, J. n°164, 13 juin 2002, p. 19 ; Paris 14^e ch., 21 février 2003, Gaz. Pal., Rec. 2003, somm. p 1847, J. n°151, 31 mai 2003, p20). En outre, le juge des référés ne peut intervenir que dans la limite de ses attributions, c'est-à-dire, dans les conditions des articles 589 et 579 NCPC libanais. Egalement, le juge des référés ne peut pas intervenir en présence de dispositions excluant son intervention ou réservant à l'arbitre tout ou partie des situations d'intervention du juge des référés (Paris 14^e ch., 2 avril 2003, Gaz. Pal. Rec., 2003, somm p 1848, J. n°151, 31 mai 2003, p. 23 ; Référé Beyrouth, 17 avril 2006 préc.). En effet, les parties peuvent évoquer le processus d'urgence, et valablement écarter, purement et simplement, la compétence du juge des référés et prévoir une procédure contractuelle ou renvoyer à une procédure institutionnelle, auquel cas, le juge des référés devra se déclarer incompétent (Trib. gr. Inst Bressuire, 6 février 1994, Rev. arb 1995, 2^e esp p 132 note P. VERON). En outre, la clause compromissoire peut reconnaître à la partie un choix : soit, saisir l'arbitre dans la limite de ses pouvoirs contractuels soit saisir le juge des référés dans les conditions légales (Réf. Beyrouth 7 septembre 1984 préc.).

227 Tribunal arbitral constitué. Dès lors qu'un tribunal arbitral est constitué, les juridictions nationales n'ont en principe plus compétence pour ordonner des mesures provisoires (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n°1344 ; A. HORY note sous Cass. com. 29 juin 1999, Rev. arb. 1999, p 817). A cet effet, l'article 789 NCPC libanais reconnaît à l'arbitre, le pouvoir de « *prendre les*

CLAUSE COMPROMISSOIRE

mesures provisoires et conservatoires » (rapp. Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°6, 29 janvier 2002, Rev. lib. arb. 2003 n°26 p44 ; rapp. avec Beyrouth 12 novembre 2002, Rev. lib. arb. 2004 n°30 p 59). Il en résulte que dès la constitution du tribunal arbitral, les arbitres ont une compétence exclusive en matière de mesures conservatoires destinées à la préservation ou à l'établissement des preuves sous réserve de l'urgence, les juridictions étatiques étant alors compétentes (Cass. com. 10 mars 1998, Versailles 8 octobre 1998, Rev. arb. 1999, p 57 note A. HORY) et de toute stipulation contraire.

1.2- REFERE-PROVISION

228 Conditions. Les mêmes principes gouvernent le pouvoir du juge des référés à accorder une provision. Ainsi sauf stipulation contraire, la simple existence d'une clause compromissoire ne saurait faire échec à la compétence du juge des référés pour accorder une provision au créancier dans les conditions de la loi, c'est-à-dire, en cas de créance non sérieusement contestable (Cass. civ. 1^e, 20 mars 1989, RTD civ 1989, p. 624 obs. R. PERROT ; Cass. civ. 1^e, 18 juin 1986, Rev. arb. 1986, p 565 note G. COUCHEZ). Le juge peut intervenir tant que le tribunal arbitral n'est pas régulièrement constitué (Cass. civ. 1^e, 6 mars 1990, Rev. arb. 1990, p 663 ; Cass. civ. 9 juillet 1979 JCP 1980, II, 19389 note G. GOUCHEZ; Référé Beyrouth, jgt n°554, 12 décembre 2002, Rev. lib. arb. 2002 n°24 p 38). Mais la simple existence d'une clause compromissoire ne suffit pas au juge des référés pour accorder une provision sans constater l'urgence (Cass. civ. 2^e, 13 juin 2002, D 2002 Inf. rap. p 2169 note X; Gaz. Pal, Rec. 2002, somm. p1930, J. n°355, 21 décembre 2002, p 10 note X; Paris 14^e ch., 15 décembre 1999, Gaz Pal. Rec. 2001, somm p 2099, J. n°321, 17 novembre 2001, p 16 Référé Beyrouth 12 décembre 2002 préc.). La cour d'appel de Paris évoque "*une compétence exceptionnelle*" du juge des référés à charge pour le demandeur de caractériser l'urgence (Paris 8 novembre 2006 Rev. arb. 2007 somm p 345). Cependant, le juge des référés ne saurait accorder une provision correspondant à l'intégralité de la créance au motif que l'octroi de pareille provision, en présence d'une clause compromissoire, reviendrait à méconnaître la compétence arbitrale, exclusive, pour statuer le litige (Trib. gr. Inst. Saint-Dié (ord. Réf.) 2 février 1993, Rev. arb. 1995 p. 132 note P. VERON). Au contraire, les parties peuvent soustraire une telle compétence à l'arbitre et l'a confié au juge étatique. Les règles sur l'exécution provisoire des jugements ne figurant pas parmi les principes directeurs du procès, elles sont, dans l'instance arbitrale, supplétives de la volonté des parties. Il ne saurait dès lors être reproché à une Cour d'appel d'avoir rejeté le moyen invoqué au soutien du recours en annulation d'une sentence et selon lequel la clause d'arbitrage ne pouvait imposer à l'arbitre d'assortir la sentence, dans tous les cas, de l'exécution provisoire (Cass. civ. 2^e, 11 juillet 2002, Rev. arb 2004 p 285, obs. M. BANDRAC).

2- COMPETENCE DU JUGE DE L'EXÉCUTION

229 Saisie conservatoire. La question est de savoir si la clause d'arbitrage exclut la possibilité de demander une saisie conservatoire auprès du juge étatique compétent, en l'occurrence, le chef du bureau exécutif ? La Cour de Cassation par un arrêt du 8 juin 1995 (Cass. civ. 8 juin 1995, Rev. arb. 1996, p 125 obs. J. PELLERIN) énonce : « *L'existence d'une clause compromissoire n'interdit pas, même après la saisine de la juridiction arbitrale, la mise en œuvre d'une saisie conservatoire dans les conditions requises pour que cette saisie soit autorisée par la loi applicable* ». Ainsi, la Cour dissocie le régime des mesures conservatoires prises en référé (Art. 579 NCPC lib.) de celui des saisies conservatoires, qui pourront le cas échéant, avoir lieu même en l'absence d'urgence ou d'un péril quelconque mais sous réserve de la réunion des conditions exigées pour chaque type de saisie selon la loi applicable. Cette décision doit être favorablement accueillie. Cela, d'autant plus que l'action arbitrale tient ici le rôle de l'action en confirmation de la saisie évoquée à l'article 895 NCPC libanais. Une fois, la saisie décidée, le juge judiciaire ne peut en décider la mainlevée qu'au vu du résultat du procès arbitral.

230 Procédure d'exécution. Le chef du bureau exécutif reste seul compétent pour connaître des litiges relatifs à la procédure d'exécution d'une sentence arbitrale dans les conditions de l'article 829 NCPC libanais. Ainsi jugé que : « *L'existence de la clause compromissoire n'enlève pas la compétence du chef du bureau exécutif à connaître de la procédure*

CLAUSE COMPROMISSOIRE

d'exécution d'un titre exécutoire » (Cass. lib. civ., 20 janvier 2004, 2^e arrêt, n°2, Rev. Cassand. 2004/1 p 34s). Egalement décidé, que l'arbitrage ne peut porter sur les voies d'exécution (Liban-nord, 19 janvier 2006, Cassandre 2006/1 p 200).

3- COMPETENCE DES JURIDICTIONS REPRESSIVES

231 Conditions. Ni l'existence d'une clause compromissoire ni la saisine de l'arbitre n'empêchent le recours aux juridictions répressives (V. D. CHILSTEIN, Arbitrage et droit pénal Rev. arb. 2009 p 3s). L'efficacité d'un tel recours nécessite d'une part, la réunion des éléments matériel et intentionnel du délit allégué (Cass. lib. crim., 6^e, arrêt n°32, 23 janvier 2004, Rec. crim. Sader 2004 p82) et, d'autre part, que l'objet du litige pénal soit différent de l'objet du litige arbitral (Cass. lib. crim. 6^e, arrêt n°25, 5 novembre 2003, Rev. Cassand. 2003/11 p 159). En revanche, si l'objet du litige est le même ou a des incidences sur le litige arbitral, il appartiendra à l'arbitre de le constater et de surseoir à statuer dans la mesure où le contentieux pénal ne peut, en principe, relever de la clause compromissoire (Cass. lib. crim. 3^e, arrêt n°17, 15 janvier 2003, Rev. Cassand. 2003/1/ p 107). Jugé que seul le juge judiciaire est compétent pour connaître du faux en écriture (Cass. lib. civ. 4^e, 8 juillet 2004, Al Adl 2006 p 1518).

4 – RENONCIATION A L'ARBITRAGE

232 Validité de la renonciation. Les parties peuvent valablement renoncer à l'exécution d'une convention d'arbitrage (Cass. civ. 1^e, 7 juin 2006 Rev. arb. 2006 p 983 Chr. J.-Y. GARAUD et C.H. de TAFFIN) et décider de recourir au tribunal étatique normalement compétent (Cass. lib. civ. 1^e, 4 juillet 1968, IDREL, p 174). La renonciation à la compétence arbitrale est parfaitement valable d'autant plus que la clause compromissoire n'est pas d'ordre public (Beyrouth 26 décembre 1967, IDREL, p 4). La renonciation vaut pour tous les effets de la clause compromissoire (Cass. civ. 1^e, 23 janvier 2007, Rev. arb. 2007, p 290). En principe, la renonciation émane de la partie à l'arbitrage. Elle peut également venir de son représentant. Mais, dans ce dernier cas une autorisation spéciale est nécessaire. En effet, le droit de renoncer à l'arbitrage ne peut résulter du droit de l'accepter (Beyrouth 3^e ch., arrêt n°1628, 24 octobre 2000, Rev. lib. arb. 2002 n°24 p 30).

233 Renonciation tacite. La renonciation peut être expresse mais aussi résulter de manière tacite de la volonté et / ou de l'attitude des parties. Par exemple, une partie ayant refusé de participer à l'arbitrage initié par l'autre, celle-ci prenant acte de ce refus et renonçant à l'arbitrage, peut choisir de saisir la juridiction étatique (Cass. civ. 1^e, 7 juin 2006 préc.). Ainsi, en est-il encore, lorsque l'une des parties saisit le tribunal judiciaire d'une action en annulation de la clause et l'autre partie acquiesce (E. TYAN, op. cit., n° 194, p 210). Il en est de même, lorsque le défendeur ne soulève pas devant le tribunal judiciaire l'exception d'incompétence et présente ses conclusions au fond (Paris 25^e ch., A, 10 janvier 2003, RTD com 2003, p. 314 chron. C. CHAMPAUD et D. DANET ; Paris 14 mai 1959, D. 1959, p 437 note J. ROBERT ; Paris 10 février 1960, R.A., 1960, p 99). Cependant, cette renonciation doit résulter de la volonté commune et bilatérale des deux parties en cause (Paris 15 décembre 1954, D. 1955, 2, 208, note J. ROBERT; JCP G 1965, 2, 8675 obs. P. HEBRAUD; Lyon 24 avril 1969, DS 1970, somm. com. 9). Ainsi, si l'une seule des parties renonce à l'arbitrage en saisissant le tribunal judiciaire, ce dernier doit se déclarer incompétent lorsque la partie adverse exprime régulièrement son attachement à la clause compromissoire (Cass. lib. civ., 1^e, 8 avril 1964, IDREL, p 92).

234 Interprétation de la renonciation. La renonciation est de stricte interprétation. Ainsi, le refus de compromettre ne signifie pas nécessairement refus de l'arbitrage et renonciation à la clause. Il peut tout simplement être motivé par un désaccord entre les parties sur les conditions du compromis (E. TYAN, op. cit. n° 194, p 212). De même, la comparution des parties à l'instance arbitrale exclut toute renonciation ou toute résiliation de la clause compromissoire (Beyrouth 3^e ch., 17 avril 2003, Rev. lib. arb. 2003 n°26 p61). Par ailleurs, si le litige concerne en partie une tierce personne à l'arbitrage, les litigants peuvent transiger avec le

CLAUSE COMPROMISSOIRE

tiers sur cette partie du litige ; une telle transaction n'emporte pas extinction de l'obligation de compromettre engageant les parties au conflit principal (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt 143, 20 novembre 2004, Rev. lib. arb. 2003 n°26 p41). La divisibilité du litige justifie une telle solution.

235 Renonciation et juge judiciaire. La question est de savoir si le juge judiciaire peut constater la renonciation à peine de commettre un excès de pouvoir ? La jurisprudence reconnaît expressément un tel pouvoir au juge qu'il s'agisse d'une renonciation expresse ou tacite (Cass. civ. 1^e, 9 octobre 1990, Bull., I, n°205, p. 147 ; Rev. arb., 1991, p 305, note M. – L. NIBOYET-HOEGY ; Cass. civ. 1^e, 19 novembre 1991, Bull., I, n°313, p204 ; Rev. arb., 1992, p 462, note D. HASCHER ; v. également : Cass. civ. 2^e, 18 octobre 2001, arrêt n°1531, pourvoi n°00-11.626. cités par D. FOUSSARD, Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage, spéc. p 603). Egalement, si la convention d'arbitrage n'a pas donné lieu en pratique à renonciation dans la mesure où, le juge judiciaire peut se saisir de l'affaire si la convention est entachée d'une nullité manifeste (Art. 1458 CPC fr.). Il devrait en être de même en cas d'inapplicabilité manifeste.

CHAPITRE 2 : COMPROMIS D'ARBITRAGE

Aux termes de l'article 765 alinéa 1 NCPC libanais : « *Le compromis d'arbitrage est un contrat en vertu duquel les parties s'accordent à résoudre un litige susceptible de transaction, né entre elle, par l'arbitrage d'une personne ou de plusieurs personnes* ». Nous examinerons successivement les conditions (Section 1) et les effets (Section 2) du compromis.

SECTION 1 : CONDITIONS DU COMPROMIS

Le compromis répond à deux sortes de conditions: une condition de forme (Paragraphe 1) et des conditions de fond (Paragraphe 2) .

PARAGRAPHE 1 : CONDITION DE FORME

236 Exigence de l'écrit. L'article 766 alinéa 1 NCPC libanais énonce : « *Le compromis d'arbitrage ne peut être prouvé que par écrit* ». Il en résulte que la condition de l'écrit est exigée à titre de preuve, « *ad probationem* » et non à titre de validité ad « *validitatem* ». Ainsi, à la différence de la clause compromissoire, l'exigence de l'écrit n'est pas requise sous peine de nullité (Paris 13 janvier 1984, D 1984 Inf. rap ; p 174 ; Rev. arb. 1984, p 530 obs. BERNARD). « *Le compromis est constaté par écrit, la clause compromissoire doit être stipulée par écrit* » (J. RUBELLIN-DEVICHI et E. LOQUIN, JCL Proc. Civ. Fasc 1020, Arbitrage, compromis et clause compromissoire, n°3). Cependant, la portée de cette règle doit être précisée. En effet, une sentence arbitrale rendue sans convention d'arbitrage est nulle (Art. 800 al. 4 NCPC lib.).

237 Forme de l'écrit. Aucune forme particulière n'est prescrite pour l'écrit. L'article 766 évoque l'écrit de manière indifférente. Il peut s'agir de tout document-papier attestant de l'obligation de compromettre (Paris 13 Janvier 1984 D. 1984 Inf. rap. 174; Rev. arb. 1984, 530 observ. T. BERNARD; Beyrouth 29 décembre 1994, Al Adl 1994, p 146). Comme l'a fait justement observé E. TYAN (ouvrage préc n°74, p 97), cette règle doit trouver application tant en matière civile qu'en matière commerciale. Le principe de liberté de la preuve en cette dernière matière doit être exclu. En effet, l'article 766 ne comporte aucune restriction ou réserve, d'autant plus que l'arbitrage réglementé par la loi concerne les deux matières civile et commerciale. Cette règle s'applique même si la valeur du litige est inférieure à celle pour laquelle, en droit commun, la preuve par écrit n'est pas exigée. L'écrit est exigé pour constater le consentement au compromis, c'est-à-dire pour constater l'accord des volontés des parties et point l'expression de la volonté d'une seule. Il en résulte que l'expression écrite d'une seule volonté n'est pas suffisante et ne satisfait pas à l'exigence de l'article 766.

Le compromis peut figurer dans un acte authentique passé devant notaire, notamment. Par application de l'article 144 NCPC libanais, si la nature authentique de l'acte constatant le compromis est menacée pour vice de forme, ou incompétence ou défaut de qualité, l'écrit sera considéré comme un acte sous seing-privé et la validité même du compromis ne sera pas remise en question à la condition, toutefois, qu'il soit régulièrement signé par les parties intéressées (En ce sens : Lyon 9 février 1836; Paris 28 août 1841, Jur. Gén v. Arbitrage n° 401 et 400). L'indétermination de la date de sa rédaction n'entache pas la validité du compromis (Riom 4 mai 1861, DP 1861, 2, 129). Cette solution ne peut qu'être approuvée d'autant plus que conformément à l'article 773 NCPC libanais, le délai d'arbitrage court à compter de l'acceptation de sa mission par le dernier arbitre (et non à partir du compromis).

238 Acte de mission. Parfois les parties se produisent devant l'arbitre et font constater leur commune volonté de compromettre en vertu d'un procès-verbal dit « *acte de mission* » qui vaudra compromis et sera entièrement valable (Cass. civ. 2^e, 17 novembre 1993, Bull. civ. II n°324, 181). Aucune disposition légale n'imposant la rédaction d'un acte de mission, le tribunal arbitral peut, à défaut d'accord entre les parties sur l'élaboration d'un tel acte, leur demander par ordonnance de formuler leurs prétentions, afin de connaître l'objet et

COMPROMIS D'ARBITRAGE

l'étendue de sa saisine. Cependant, à peine de nullité, le procès-verbal doit être signé par les parties ainsi que tous les arbitres (Cass. civ. 2^e, 16 novembre 1993, Gaz Pal. 1994,1, pan 31; JCP G 1994, IV, 129 ; Rev. arb. 1995, p 78 note Ph. FOUCHARD).

239 Sanctions. La nullité du compromis est absolue quand elle repose sur une raison d'intérêt public et relative quand elle n'est invoquée que dans l'intérêt d'un incapable. Cette nullité entraîne celle de tous les actes qui ont été faits en conséquence, notamment, celle de la sentence arbitrale et de toute transaction intervenue à la suite. Mais cette nullité, si elle est prononcée pour un motif de forme, elle ne préjuge nécessairement en rien sur le fond du droit qui était l'objet du compromis annulé (Cass. civ. 4 février 1807, S. 1807, 1, 255).

PARAGRAPHE 2 : CONDITIONS DE FOND

Nous évoquerons le contenu du compromis (§1) et la nature de la mission (§2) confiée à l'arbitre.

(§1) CONTENU DU COMPROMIS

Aux termes de l'article 766 alinéa 2 NCPC libanais : « *Le compromis d'arbitrage doit contenir, sous peine de nullité, la détermination de l'objet du litige, la désignation de l'arbitre ou des arbitres par leur personne ou par leur qualité, ou les modalités de leur désignation* ». Il en résulte que le compromis doit, pour être valable, désigner l'objet du litige (1) et désigner le ou les arbitres ou à tout le moins les modalités de leur désignation (2).

1- DESIGNATION DE L'OBJET

240 Fondement. Le compromis doit désigner son objet. Cette exigence légale s'explique par le souci de définir avec précision la mission et la compétence des arbitres.

241 Disponibilité des litiges. Le compromis ne peut porter que sur des droits dont les parties ont la libre disposition (Cass. civ. 20 décembre 1971, Rev. arb. 1972.122, note E. LOQUIN rapp. par B. MOREAU Rép. civ. Dalloz v. Compromis-Clause compromissoire n°134; v. aussi Cass. com. 6 mars 1956, JCP G 1956, II, 9393; Trib. gr. Inst. Brest. 6 avril 1999, D 2001, somm. p 627 obs. J.-L. NAVARRO).

242 Litige né et actuel. L'objet du compromis consiste en un litige né et actuel. C'est un litige, en ce sens qu'il révèle un différend et laisse apparaître la volonté commune des parties de confier la mission de sa résolution à un arbitre qu'on veut investir d'une mission juridictionnelle (M. de BOISSESSON, n°135, p 114). Il est né et actuel en ce sens qu'il n'est pas antérieur à la volonté de compromettre; s'il n'est pas postérieur il est à tout le moins concomitant. C'est ce qui le distingue de l'objet de la clause compromissoire, futur et virtuel.

243 Détermination du litige. La détermination de l'objet du litige doit être suffisamment précise pour permettre au tribunal saisi d'une opposition d'exequatur d'exercer son contrôle (Cass. civ. 2^e, 2 juillet 1970 ; JCP 71, II, 16642, note P. L. ; D. 1970, 761 ; Rev. arb. 1970, 761, Rev. arb. 170, p 78). S'agissant le degré de précision de l'objet, la jurisprudence n'impose pas une exacte description de l'objet dans ses moindres détails mais elle ne se contente pas non plus d'une évocation générale et abstraite, notamment, lorsqu'il s'agit de déterminer l'objet du litige par rapport à la mission confiée aux arbitres (Cass. lib. civ. 1^e, 13 décembre 1990, IDREL, p 180). La jurisprudence considère que le litige peut être déterminé en fonction du contenu des différentes conclusions présentées par les parties à l'instance arbitrale (Beyrouth 3^e ch., 22 mars 2001, Rev. lib. arb. 2001 n°18 p 25). Il appartient aux arbitres d'apprécier si le litige invoqué entre dans le champ d'application de la clause d'arbitrage (Trib. gr. Inst. Paris (Ord. Réf.) 6 janvier 1999, Gaz. Pal., Rec. 2000, somm p 157, J. n°11, 11 janvier 2000, p. 64).

COMPROMIS D'ARBITRAGE

244 Modification de l'objet. Aux termes de l'article 766 alinéa 2 NCPC libanais (Art 1448 al. 1 CPC fr), le compromis doit, à peine de nullité, déterminer l'objet du litige. Cette disposition répond à un double souci : délimiter le champ de l'incompétence du tribunal judiciaire et, permettre au juge judiciaire de sanctionner l'arbitre qui dépasse la mission qui lui est confiée. Pour cette raison, le compromis se caractérise par une « *immutabilité renforcée* » (E. LOQUIN, JCL Procédure Civ. fasc 1032 n°15s, p 5s ; Dans le même sens J. PELLERIN, note sous Cass. civ. 2, 8 avril 1999, Rev. arb. 200 p 113, parle de « quasi-fixité imposée par le compromis ») justifiant la position jurisprudentielle qui ne permet à l'arbitre de connaître des demandes nouvelles que si celles-ci constituent l'accessoire des demandes principales (Cass. com. 23 juin 1984, Rev. arb. 1984, p 527, obs. BERNARD). Hormis ce cas, toute demande nouvelle, même connexe, ne peut être recevable que si elle a fait l'objet d'un accord préalable de toutes les parties (Cass. civ. 1^e, 6 mars 2007, JCP E et A 2007, chron 2018 n°8 obs. J. ORTSCHIEDT), de manière expresse ou tacite. Dans ce dernier cas, il doit résulter sans équivoque des données de la cause (Paris 30 mars 1962, JCP G 1962, II-12859 note P. LEVEL). En tout cas, il constituera un nouveau compromis (Paris 30 mars 1962, préc., Paris 17 octobre 1991, Rev. arb. 1992 p 672 obs. ZILLINGER).

2- DESIGNATION DES ARBITRES OU DES MODALITES DE LEUR DESIGNATION

245 Modes. Les parties doivent désigner le ou les arbitres ou le cas échéant les modalités de leur désignation. Cette exigence est la même qu'en matière de clause compromissoire. Les arbitres sont ordinairement désignés par leurs noms (et prénoms); ils peuvent l'être par simple individualisation (Cass. Req. 12 février 1906 DP 1907,1,245) ou par leur qualité ou leur fonction (doyen de telle faculté de droit, directeur de tel institut juridique, bâtonnier de tel ordre d'avocat, etc.). La désignation des arbitres peut être confiée par les parties à un mandataire. A ce propos, l'article 772 alinéa 1 NCPC libanais attribue expressément à l'organisme institutionnel d'arbitrage le soin de désigner un arbitre ou des arbitres acceptés par toutes les parties. Le défaut de désignation des arbitres est sanctionné par la nullité. Cependant, la nullité résultant de l'omission du nom des arbitres n'est pas d'ordre public (Cass. civ. 26 juillet 1983, D. 1894, 1, 81; Paris 13 janvier 1981, Rev. arb. 1982, p 66 note J. RUBELLIN-DEVICHI).

(§2)- MISSION JURIDICTIONNELLE

246 Appréciation de la nature par le juge. Le compromis est la convention par laquelle les parties soumettent un litige né à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes. Il suppose la commune volonté des parties de conférer un pouvoir juridictionnel au tiers qu'elles désignent (Cass. civ. 25 mai 1962, Rev. arb. 1962, p 103; 9 mars 1956, Bull. Civ. n° 139, 11). La dénomination de compromis d'arbitrage ne caractérise pas à elle seule un arbitrage. La qualité des tiers chargés d'une mission par les parties ne saurait dépendre des termes employés par celles-ci, mais ressort au contraire de la nature de la mission qui leur est confiée. Il appartient au juge de rechercher si la mission consistait ou non à régler en tant qu'arbitre un litige (cf Paris 1^e ch., 7 novembre 2000, RTD com. 2001, p 55 ; Gaz. Pal., Rec. 2001, somm. p 1901, J. n°321, 17 novembre 2001, p 22, note X; Paris 1^e ch., 21 décembre 2000, Gaz. Pal., Rec. 2001, somm. P 1901, J. n°321, 17 novembre 2001, p 24 note X).

SECTION 2 : EFFETS DU COMPROMIS

Nous envisagerons les effets entre les parties (Paragraphe 1) et à l'égard des tiers (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : EFFETS ENTRE LES PARTIES

247 Saisine de l'arbitre. Le compromis étant une convention, il faut lui appliquer le principe général posé par l'article 222 COC selon lequel: «*Les conventions produisent leurs effets à l'égard des ayants-cause à titre universel, des héritiers et les légataires universels ou à titre universel*». Par conséquent, le compromis s'étend en cas de décès de l'une des parties aux

COMPROMIS D'ARBITRAGE

héritiers majeurs (mais pas obligatoirement aux héritiers mineurs) des contractants et à leurs créanciers devenus titulaires des droits (Bordeaux, 4 avril 1829, S. 1829, 2, 342; DP 1829, 2, 216).

248 Dessaisissement des juridictions étatiques. Au même titre que la clause compromissoire, l'effet principal du compromis est naturellement de soustraire le litige à la compétence des tribunaux judiciaires normalement compétents (Trib. gr. Inst. Brest, 6 avril 1999, D 2001 somm p 627 obs. J.-L. NAVARRO). La juridiction étatique se trouve dessaisie au profit de la juridiction privée des arbitres. Ce faisant, les arbitres tiennent leur pouvoir non de l'acte de mission mais du compromis (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°136, 31 octobre 2002, Rev. lib. arb. 2002 n°24 p35). Ainsi, il a été jugé que les tribunaux de commerce sont, en principe, absolument incompétents pour apprécier la régularité ou la validité d'un compromis ou d'une sentence arbitrale; cette incompétence est d'ordre public, et ces tribunaux doivent, lorsqu'ils sont saisis d'un semblable litige, se dessaisir, même d'office, en tout état de cause (Rouen, 13 décembre 1869, Pand . fr. n° 741, 78).

249 Autres effets. D'autres effets moins particuliers découlent du compromis: il interrompt le délai de prescription ; il interrompt le délai des procédures ; il suspend le cours des procédures ; il suspend le cours du délai de la péremption (Paris 4 août 1809 cité par B. MOREAU art. préc. n° 158). Le délai ne recommence à courir que si les arbitres ne rendent pas leur sentence dans le délai qui leur est imparti et à partir de l'expiration de ce délai (Montpellier, 25 février 1873, DP 1875, 3, 373; Beyrouth 8 mars 1988, Rev. jud. lib. 1988, p 704s).

PARAGRAPHE 2 : EFFETS A L'EGARD DES TIERS

250 Effets spécifiques. S'agissant des effets du compromis à l'égard des tiers, il convient de transposer les précédents développements relatifs à l'arbitrage multipartite (Supra, n°144s). Ainsi, le compromis, même aboutissant à une sentence valable et considéré comme le fondement même de cette sentence, ne peut donner force de loi à cette dernière qu'à l'égard des parties qui l'ont souscrit. Il ne peut être opposable à d'autres parties si connexes qu'auraient pu être les intérêts de celles-ci.

DEUXIEME PARTIE : CONTENTIEUX ARBITRAL

Plan. Le recours à l'arbitrage vise à faire trancher le litige entre les parties en vertu d'une sentence arbitrale. Cette sentence sera rendue après examen du procès arbitral sur une certaine période selon des règles prédéterminées de procédure. Cependant, le contentieux arbitral peut ne pas s'épuiser avec le prononcé de la sentence, c'est-à-dire, à l'expiration de la période arbitrale proprement dite, il peut survivre: l'une des parties peut ne pas reconnaître ou ne pas exécuter la sentence. La partie la plus diligente devra, alors, s'adresser aux juridictions étatiques afin d'en demander l'exécution ou la reconnaissance. En outre, le prononcé de la sentence va permettre aux parties d'exercer les voies de recours prévues par la loi. Par conséquent, nous examinerons successivement la période arbitrale (Titre I) et la période post-arbitrale (Titre II).

TITRE I : PERIODE ARBITRALE

La période arbitrale se confond avec l'instance arbitrale. L'instance arbitrale débute avec la mise en place d'un tribunal arbitral (Chapitre 1) qui, selon une procédure arbitrale (Chapitre 2), va prononcer une sentence arbitrale (Chapitre 3).

CHAPITRE 1 : TRIBUNAL ARBITRAL

251 Le tribunal arbitral conventionnel n'est pas une juridiction étatique. Conformément à l'article 234 du traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la communauté européenne, la CJCE est compétente pour trancher à titre préjudiciel sur l'interprétation dudit Traité ainsi que sur la validité et l'interprétation des actes effectués par les organismes de la communauté. Selon l'article 234, si l'une de ces difficultés est « *soulevée devant une juridiction d'un des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la cour de justice de statuer sur cette question* ». Mais encore faut-il que la Cour soit saisie par une juridiction au sens de l'article 234. La question s'est posée de savoir si le tribunal arbitral pouvait valablement saisir la CJCE ? et donc s'il pouvait être considéré comme une juridiction au sens de l'article 234 CE ? Définissant la notion de juridiction au regard du droit communautaire (CJCE 29 novembre 2001, aff C - 11/00 de Coster spéc § 10, JCP G 2002, II-10160 note J. PERTEK) indépendamment des lois nationales, la CJCE, retient comme critère fondamental, l'«*origine légale*» du tribunal (CJCE, 4^e ch., 27 janvier 2005, aff. C. 125/04 Denuit et Cordenier c/ Transorient-Mosaïque Voyages et Culture SA, JCP G 2005, II-10079 note G. CHABOT). Selon la jurisprudence de la Cour, un tribunal arbitral conventionnel ne constitue pas une juridiction d'un Etat membre au sens de l'article 234 CE dès lors qu'il n'y a aucune obligation, ni en droit ni en fait, pour les parties contractantes de confier leurs différends à l'arbitrage et que les autorités publiques de l'Etat membre concerné ne sont ni impliquées dans le choix de la voie de l'arbitrage ni appelées à intervenir d'office dans le déroulement de la procédure devant l'arbitre (V. CJCE, 23 mars 1982, aff 102/81, « Nordsee » Deutsche Hochseefischerei : Rec. CJCE 1982, I, p. 1095, points 10 à 12. – CJCE, 1^e juin 1999, aff. C-126/97, Eco Swiss : Rec. CJCE 1999, I, p. 055, point 34). Ce faisant la Cour distingue entre l'arbitrage volontaire et l'arbitrage forcé. « *L'arbitrage proprement dit n'a d'autre source que conventionnelle donc volontaire, alors que l'arbitrage forcé procède d'une source normative dont l'objet est d'imposer à certains sujets de droit le recours à une procédure d'arbitrage à laquelle, par hypothèse, ils n'ont point consenti* », par le biais d'un traité par exemple. En ce sens, la Haute juridiction française considère que : « *Seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel* » (Cass. civ. 1^e, 19 mars 2002, Gaz. Pal. Rec. 2002 somm p 750, J. n°164 13 juin 2002 p 29 ; Gaz. Pal. Rec 2003, somm p 1844 n°177, 26 juin 2003, I-205 ; RTDcom 2002 p 664 Chron. E. LOQUIN ; JDI 2003 p 33 note X ; JCP G 2003, p 139 note E LOQUIN). Il en résulte que le tribunal arbitral conventionnel ne constitue pas une juridiction au sens de l'article 234 CE (V. G. CHABOT note crit. préc. et les réf. citées). Ce faisant, Doctrine et jurisprudence opposent l'arbitrage conventionnel à l'arbitrage forcé (v. R. DUPEYRE, Tribunaux arbitraux permanents et préconstitués : mieux vaut-il opter pour le menu ou résoudre des litiges à la carte ?, Pet. aff. n°26, 6 février 2006 p 4).

Cela dit, il ne suffit pas aux parties de désigner une tierce personne pour qu'elle puisse se prévaloir de la qualité d'arbitre (V. S. LAZAREFF, De la qualité des arbitres, Gaz. Pal. Rec 2004, doct. p 1571, J n°141 20 mai 2004 p 3). Encore, faut-il que cette personne réunisse en elle la condition de l'arbitre (Section1). Par ailleurs, la désignation du tribunal arbitral (Section 2) ainsi que les méthodes d'arbitrage applicables (Section 3) obéissent à leur tour à un certain nombre de conditions.

SECTION 1 : CONDITION DE L'ARBITRE

N'est pas arbitre qui le veut. En effet, l'arbitre répond à des conditions relatives à sa personne (Paragraphe 1) et à la mission (Paragraphe 2) qui lui est confiée par les parties.

PARAGRAPHE 1 : CONDITIONS RELATIVES A LA PERSONNE DE L'ARBITRE

L'arbitre doit satisfaire à des conditions de capacité (§1). En outre, il doit présenter certaines qualités (§2).

(§1) CAPACITE DE L'ARBITRE

252 Qui ? Aux termes de l'article 768 alinéa 1 NCPC libanais : « *La mission d'arbitre ne peut être confiée à une autre personne que la personne physique. Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale sa mission se limite à l'organisation de l'arbitrage* ». Il en résulte que les personnes morales ne peuvent être des arbitres (1) à l'inverse des seules personnes physiques (2).

1- PERSONNES MORALES

253 Organisation de l'arbitrage. Les personnes morales de droit privé et de droit public ne peuvent valablement être des arbitres (Art. 768 NCPC lib.). Celles-ci ne peuvent qu'organiser l'arbitrage (Art. 772 NCPC lib. et art. 1455 CPC fr.; v. Cass. com. 9 avril 2002 D 2003, somm p 2470 obs. Th. CLAY). Il convient de souligner que la désignation comme arbitre d'une personne morale n'est pas constitutive d'un motif de nullité de la convention d'arbitrage, dans la mesure où l'alinéa 1^{er} de l'article 768 NCPC libanais dispose que la mission de celle-ci se limitera à l'organisation de l'arbitrage. Dans ce cas, la personne morale ainsi désignée sera réputée être l'autorité de désignation de l'arbitre (Grenoble, 26 avril 1995, Rev. arb. 1996. p 452 note Ph. FOUCHARD).

2- PERSONNES PHYSIQUES

254 Causes d'incapacité. L'article 768 alinéa 2 NCPC énonce que : « *L'arbitre ne peut être mineur ou interdit, déchu de ses droits civils ou failli à moins qu'il ne soit réhabilité* » (V. J. EL-HAKIM, Le choix du juge arbitral, Rev. lib. arb. 2007 n°42 p 28s). La Haute Cour libanaise interprète l'article 768 NCPC de manière restrictive, elle considère que les causes d'incapacité de l'article 768 sont énumérées à titre limitatif. Dans une affaire où l'on reprochait à l'arbitre son incapacité du fait qu'il était juge, la Haute Cour constatant que : « *Les dispositions spéciales issues de lois particulières relatives aux fonctions constituent de simples obligations mises à la charge des personnes concernées qui n'y répondent qu'à titre personnel* », rejette l'argument au motif que ce grief « *n'entre pas dans les causes d'incapacité affectant la validité de la sentence arbitrale* » (Cass. lib. civ. 5^e ch., arrêt n°150, 9 novembre 2004, Al Adl 2005/2 p. 284).

255 Mineur. L'article 768 alinéa 2 NCPC libanais énonce que « *L'arbitre ne peut être mineur* ». Le texte est conçu dans des termes généraux ; il faut par conséquent englober tous les mineurs sans distinction. Plus particulièrement, le mineur doué de discernement de l'article 216 COC même s'il peut « *donner mandat* » conformément à l'article 772 COC, il demeure interdit de remplir une mission d'arbitrage ni par lui-même ni par son représentant légal.

256 Mineurs dépourvus de discernement. Aux termes de l'article 216 COC : « *Les actes passés par une personne totalement dépourvue de discernement, sont inexistantes (enfants, aliénés)* ». Il en résulte, a contrario, que si la désignation d'un aliéné, son acceptation de la mission et le déroulement de l'instance jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale ont eu lieu durant une période où il n'était pas totalement dépourvu de discernement, voire, s'il était lucide, sa nomination et les actes qui y ont suivi doivent être déclarés valables (E. TYAN, op. cit. n°107, p. 134).

257 Mineur émancipé et habilité. La question est de savoir si le mineur émancipé peut être arbitre. Certains auteurs français l'admettent, notamment, parce que l'article 481 alinéa 1 du code civil considère qu'« *un mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile* » (L. CADIET, Droit judiciaire privé, Litec 2000 spéc. n°2019 ; J. VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile précis, Dalloz 25 éd. 1999 spéc p 1653). Néanmoins, cette position ne fait pas l'unanimité de la doctrine (J. ROBERT, L'arbitrage : droit interne, droit international privé, spéc. n°115 ; Th. CLAY, L'arbitre n°456 p383 ; ces auteurs considèrent que le mineur n'a pas la pleine capacité

TRIBUNAL ARBITRAL

notamment il ne peut être commerçant surtout que l'arbitrage oppose souvent des commerçants) ni de la jurisprudence (Paris 10 août 1855 DP 1856, II-115 cité par Th. CLAY, *L'arbitre*, n°456 p 383 note n°3). Parallèlement, l'article 217 COC énonce que : « *Le mineur dûment habilité à exercer le commerce ou l'industrie ne peut pas se prévaloir des dispositions qui précèdent : pour les besoins et dans les limites de son commerce, il est traité comme un majeur* ». Dès lors, le mineur est traité comme un majeur uniquement pour les besoins et dans les limites du commerce ou de l'industrie qu'il a été autorisé à exercer. Il en résulte que la capacité du mineur autorisé est relative : elle ne concerne que les actes de commerce ou d'industrie qu'il a lui même engagés et dans lesquels il a un intérêt personnel, ce qui ne saurait s'appliquer au statut d'un arbitre dans le cadre d'un arbitrage. C'est une capacité qui n'est pas pleine dans la mesure où elle ne concerne qu'une partie déterminée de ses activités et, dans la mesure, où elle ne joue que si l'acte ainsi accompli favorise l'exercice de l'activité qu'il a été autorisée à effectuer. Pour ces raisons, nous pensons que le mineur de l'article 217 COC ne peut remplir une mission d'arbitrage.

258 Personnes interdites, déchues ou faillies. Egalement, ne peut être nommée arbitre, la personne déchue de ses droits civils. Ainsi en est-il, par exemple, des personnes condamnées par contumace notamment par la Cour criminelle (Cf art. 283 CPPL) en est de même des personnes frappées d'interdiction légale suivant les dispositions de l'article 50 du code pénal, notamment, parce que leur incapacité est absolue et peut être opposée par tout intéressé (Art. 218 COC). De même en est-il du failli qui devient « *l'objet de déchéances civiles* » et ne peut plus occuper aucune fonction ni charge publique suivant l'article 500 du code de commerce libanais. Néanmoins, ces personnes « reprennent » leur capacité une fois réhabilitées (Art. 768 al 2 NCPC lib.).

259 Etranger. La question est de savoir si l'étranger peut être nommé arbitre? Aucun texte de loi ne l'interdit. La réponse doit être affirmative: d'une part, le compromis dans les rapports des parties avec l'arbitre repose sur l'intuitus personae et l'on ne peut, en l'absence d'un texte de loi précis, interdire aux libanais d'avoir confiance en un étranger qu'ils connaissent; d'autre part, l'autorisation de la désignation d'un étranger résulte de la règle générale selon laquelle ils ont, en principe, la jouissance de tous les droits privés (Mixte 28 juin 1936, 10 avril 196 cité par E.TYAN n° 113, p 135).

260 Religion de l'arbitre. Le droit libanais de l'arbitrage ne contient aucune disposition « de choix » relative à la religion de l'arbitre. En revanche, la question est pleinement posée dans certains pays musulmans, où l'arbitrage implique l'application de la sharia islamiya. Ainsi, l'article 3 du décret réglementaire saoudien dispose en effet que : « *l'arbitre doit être un ressortissant du pays ou un étranger musulman* » (N. NAJJAR, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, LGDJ 2004, BDP T 422 n°446 p 225 critiquant l'exigence de religion islamique de l'arbitre; V. A MEZGHANI, *L'arbitrage en droit musulman*, Rev. arb. 2008 p 211; A. YOUSSEF, *L'arbitrage commercial international et les règles de la charia islamiya*, lg. ar. Rev. lib. arb. 2006 n°38 p 6s; V. A. RAHAL, *La qualification des arbitres dans les pays du Moyen-Orient*, Rev. lib. arb. 2006 n°38 p 8s).

261 Illettré. On s'est demandé si l'illettré pouvait être arbitre. Il est évident que les impératifs de la rédaction et surtout de la signature de la sentence militent pour une réponse négative. Cependant, on considère que la loi du contrat doit prévaloir et l'illettré deviendrait arbitre à la condition expresse qu'il lui soit affecté un tiers chargé d'écrire pour lui (de VATIMESNIL, *Encyc. du droit*, v° Arbitrage, n° 160). Quel que soit l'avis émis à cet effet, la jurisprudence, considère sans hésitation que : « *L'ignorance de l'art d'écrire n'est pas une incapacité en soi qui empêche d'être arbitre, si les autres attestent son incapacité sur ce point et son concours à leurs opérations* » (Grenoble 21 mai 1832, S. 1832,2,169; DP 1833, 2, 200; Grenoble 18 mai 1842, S. 1843,2,209; DP 1843,2,147 cités par Pand. fr. n° 556). La Haute juridiction libanaise a même estimé qu'on ne peut récuser un arbitre du chef qu'il est illettré. En effet, dans un arrêt du 7 mai 1960, la première chambre civile de la Cour de Cassation (Cass. lib. civ. 1^e, 7 mai 1960, IDREL, p 135) considérait déjà que: « *L'arbitre étant récusé pour les mêmes causes de récusation du*

TRIBUNAL ARBITRAL

juge énoncées par l'article 120 CPC, ne peut être accueilli le grief tiré de ce que l'arbitre serait illettré au motif qu'un tel grief ne figure pas parmi les causes de récusation limitativement énumérées par l'article 120 CPC ».

- 262 Liquidateur.** Le liquidateur peut remplir une mission arbitrale après l'accord de toutes les parties au conflit. La simple désignation du liquidateur comme arbitre n'implique pas son impartialité (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°71, 22 avril 2003, Rev. lib. arb. 2003 n°27 p 37. Cet arrêt a cassé l'arrêt d'appel rendu par la Cour d'appel de Beyrouth 1^e ch., n°1135, 12 octobre 1999, Rev. lib. arb. 2001 n°18 p 23 qui avait considéré qu'une même personne ne pouvait remplir cumulativement les missions de liquidateur et d'arbitre).
- 263 Avocat.** L'avocat peut certainement être nommé arbitre. Néanmoins, l'article 21 de la loi libanaise n°8/70 du 11 mars 1970 « *relative à la réglementation de la profession d'avocat* » interdit à l'avocat qui a « *donné son avis sur une affaire qui lui a été soumise en sa qualité d'arbitre d'accepter une procuration dans ladite affaire* ».
- 264 Mandataire.** Un ancien mandataire commun des parties peut être valablement désigné comme arbitre (Beyrouth 3 janvier 2008, Rev. arb. 2008 n°45 p 35). Egalement, jugé qu'un arbitre peut être mandaté par les parties afin de les représenter auprès de tierces personnes sans qu'un mandat n'affecte ni sa qualité d'arbitre ni la clause compromissoire (Cass. lib. civ 5^e, 10 mai 2007, Cassandre 2007/5 p 908).
- 265 Fonctionnaire.** Le statut des fonctionnaires est réglementé par le décret-loi libanais n°112 du 12 juin 1959. L'article 15 de la loi interdit aux fonctionnaires d'exercer " *toute activité prohibée par les lois et règles en vigueur* " et " *toute profession commerciale ou industrielle ou toute autre métier rémunéré* " .. *ainsi que tout acte rémunéré de nature à discréditer la fonction ou qui y serait en relation* ». A notre avis, ce texte n'organise pas une prohibition générale aux fonctionnaires d'être arbitres. En effet, l'exercice d'une profession ou d'un métier suppose que le fonctionnaire exerce l'arbitrage à titre habituel et continu aux fins de se « *procurer les ressources nécessaires à son existence* ». De même, l'activité de l'arbitre n'est ni commerciale ni industrielle et l'exercice de l'arbitrage ne porte aucune atteinte au crédit de la fonction publique. A cela, il convient d'ajouter que rien n'interdit au fonctionnaire de remplir une mission d'arbitrage à titre gratuit. En réalité, nous pensons que la seule limite qui existe concerne l'objet du litige : le fonctionnaire ne peut pas trancher un litige concernant la fonction qu'il occupe et à laquelle il appartient. Aussi, les fonctionnaires, devraient sous certaines conditions être en mesure accomplir une mission occasionnelle d'arbitrage sans l'obtention d'une autorisation préalable. L'article 25 de la loi française n°83-634 du 13 juillet 1983 interdit aux fonctionnaires, sauf dérogation, d'exercer « *des activités privées lucratives de quelque nature que ce soit* ». Il en résulte qu'ils ne peuvent valablement arbitrer que s'ils obtiennent une autorisation préalable ou s'ils sont désignés par une autorité administrative ou judiciaire ». Néanmoins, ils pourraient le faire si la mission est remplie à titre gratuit.
- 266 Juge.** La question est de savoir si le juge peut être nommé arbitre? L'ancien article 6 du décret-loi n° 7855 du 16 octobre 1961 « *relatif à l'organisation judiciaire* » interdisait au juge d'être arbitre même à titre gratuit. En revanche, l'article 487 de l'ancien code de procédure civile permettait au juge des référés d'exercer le mandat d'arbitre. Plus tard, le législateur a abrogé l'article 6 en vertu du décret-loi n° 150 du 16 septembre 1983 relatif à l'organisation judiciaire. A notre avis la désignation des magistrats comme arbitres découle indirectement des dispositions de l'article 120 alinéas 4 et 5 NCPC libanais. En effet, ces alinéas autorisent la récusation des juges si : "*l'une des parties l'avait désigné en qualité d'arbitre dans une affaire antérieure*" (Alinéa 4) ou s'il « *a connu de l'affaire comme arbitre* » (Alinéa 5). Ainsi, conformément à ce texte, être arbitre est une cause de récusation du juge. Ce qui veut dire, a contrario, que le juge peut être un arbitre. De même, empruntant la formule à Jean ROBERT, on peut dire que : « *La raison la plus simple demeure qu'aucun texte ne le leur interdisant, il n'y a pas de motif à refuser au juge ce qui est reconnu à tout individu*

TRIBUNAL ARBITRAL

possesseur de la plénitude de ses droits civils » (J. ROBERT, op. cit. n° 118, 97 ; Ph FOUCHARD, Compatibilité des fonctions de magistrat et d'arbitre, Rev. arb. 1994, p 653). C'est en ce sens que s'est prononcée la cinquième chambre de la Cour de Cassation libanaise, dans son arrêt du 9 novembre 2004 (Al Adl 2005/2 p 284 arrêt préc.) estimant sous la forme d'un principe que « *l'arbitrage n'est pas initialement interdit aux juges* ». De même, la première chambre de la Haute juridiction a déjà décidé que le juge, membre du Conseil constitutionnel, peut siéger comme arbitre, « *une telle mission n'étant pas incompatible avec l'exercice des fonctions de membre au conseil constitutionnel* » (Cass. lib. civ. 1^e, arrêt n°84, 22 juin 1999, Rec. civ. Sader 1999 p 186. V également Pdt trib. 1^e inst. Mot-Liban jgt n°30, 21 février 2006, Rev. lib. arb. 2006 n°40 p 87 qui valide la désignation du juge des référés comme arbitre). Néanmoins, cette position ne semble pas faire l'unanimité (Contra : Cass. lib. civ. 20 juin 2006 Cassandre 2006/6 p 1414; Cass. civ., lib. 5^e, 15 octobre 1996 IDREL p 267; Jdeid El metn, arrêt n°398, 16 avril 2009 inédit, interdisant la désignation d'un juge des référés comme arbitre).

267 De même, on ne saurait refuser au juge le droit de siéger comme arbitre sous prétexte que l'article 47 alinéa 1 du décret-loi libanais n°150/83 du 16 septembre 1983 "*relatif aux tribunaux judiciaires*" interdit « *le cumul entre la fonction du juge et toute autre profession ou activité salariée* »... En effet, la profession, du latin *professio*, suppose un état qu'on déclare exercer, c'est-à-dire « *une activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence* » (G. CORNU, Vocabulaire juridique, op. cit., p 637). Ainsi la profession implique la réunion nécessaire de deux conditions : l'une, objective, relative au mode d'exercice de l'activité arbitrale : le juge doit exercer l'arbitrage de manière habituelle, c'est-à-dire, notoire, usuelle et indépendante, ce qui n'est pas le cas ici, dans la mesure où la mission d'arbitrage accomplie par le juge n'est que subsidiaire par rapport à son activité judiciaire, principale (En ce sens Beyrouth 3^e ch., 5 juin 2003, Al Adl 2004 p 255). En revanche, si le juge exerce son activité d'arbitre dans le cadre de son service de fonction, il exercerait alors l'arbitrage de manière professionnelle et serait, à ce titre, interdit d'arbitrage (mais même dans ce cas, la sentence ne sera pas nulle pour autant ; tout juste, le juge fera l'objet de mesures disciplinaires). La deuxième condition, subjective, concerne la *causa réelle*, si l'on peut dire, d'une telle activité : le juge doit avoir un besoin vital et indispensable d'exercer l'arbitrage, et ce afin d'assurer sa « *survie économique* » ; ce qui n'est pas le cas, dans la mesure où la principale ressource du juge étatique consiste en son salaire qui lui est versé par l'Etat.

268 Droit français. L'ordonnance statutaire n°58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature prévoyait dans son article 8 portant sur l'interdiction du cumul de fonctions, une possibilité aux magistrats de bénéficier de dérogations individuelles pour exercer certaines fonctions, et un décret, pris sur cette base, visait les activités d'arbitrage. Mais un ajout apporté à cet article en vertu de l'article 14 de la loi organique n°2001-539 du 25 juin 2001 relative au statut des magistrats et au conseil supérieur de la magistrature (JO 26 juin 2001, JCP G 2001, III-20515) est venu interdire aux magistrats en exercice de bénéficier de dérogations individuelles pour les « *activités d'arbitrage, sous réserve des cas prévus par les dispositions législatives en vigueur* ». Vivement critiquée, cette modification a été qualifiée d'« *anecdotique* » par les uns (L. CADIET, Chron Droit judiciaire privé, JCP G 2001, I-362 n°3) et « *profondément regrettable au mieux inutile et au pire nuisible* » par les autres (S. LAZAREFF, Editorial, Contradictions de l'arbitrage international français, Gaz. Pal. 2002 n°156 à 157, Cahiers de l'arbitrage n°2002/1 p3). Cela d'autant plus qu'il résulte des débats de l'assemblée française que l'interdiction concernant l'arbitrage interne et international repose sur le fondement de « *la surcharge de travail des magistrats* » et, de façon secondaire, sur le fait que ce sont également des magistrats qui veillent à l'exécution ou à l'annulation des sentences, impliquant ainsi, semble-t-il, que ceci pourrait créer quelques difficultés (V. débats rapp. par S. LAZAREFF, Editorial préc.).

269 Rémunération. A supposer que le juge puisse être nommé comme arbitre, la question est de savoir s'il peut réclamer une rémunération ? Certains réfutent au juge un tel droit sous prétexte que l'article 47 alinéa 1 du décret-loi 150/83 interdit « *le cumul entre la fonction du juge et tout autre profession ou activité salariée* ». A notre avis, ce texte peut être inapplicable

au juge sous réserve de certaines conditions. D'une part, comme nous l'avons déjà évoqué, la profession d'arbitre suppose que le juge ait un besoin vital et indispensable d'exercer l'arbitrage et ce, afin d'assurer sa « survie économique », ce qui n'est pas le cas de tout juge-arbitre, dans la mesure où la principale ressource du juge étatique trouve sa source dans le salaire à lui versé par l'Etat (J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER et A. VARINARD, La justice et ses institutions, précis Dalloz 1991, n° 503, 422). D'autre part, parce que l'alinéa 1 de l'article 47 interdit au juge le cumul avec toute « activité salariée » et non pas avec toute « activité rémunérée ». Il ne faut pas confondre la rémunération et le salaire. Le salaire est nécessairement une rémunération mais le contraire n'est pas vrai. En effet, la rémunération est une notion plus large, c'est « un terme générique désignant toute prestation en argent ou même en nature, fournie en contrepartie d'un travail ou d'une activité (ouvrages, services, etc) ; englobe en ce sens traitement, honoraires, salaire, gratification, commission... » (G. CORNU, Vocabulaire juridique, p 702). Au contraire, le salaire est une notion plus étroite, qui se limite à la contrepartie du travail fourni par le salarié. C'est la rémunération perçue par le travailleur en échange de sa prestation de travail (Ibid, p 743). Le salaire implique donc nécessairement l'existence d'un contrat de travail. Il n'y a de salaire que dans le cadre d'un acte juridique valablement affilié au régime général du contrat de travail ; ce qui implique la réunion nécessaire de tous les éléments constitutifs dudit contrat, à savoir, en plus du salaire, l'exercice d'une activité professionnelle, et un lien de subordination (G. H. CAMERLYNK, Le contrat de travail, Dalloz, 68). C'est dire, que pour parler de salaire, l'arbitre et par conséquent le juge-arbitre doit être lié aux parties par un contrat de travail et, à ce titre, doit être assujetti au régime dudit contrat en toutes ces conditions (ainsi par exemple, la rémunération sera fixée en fonction du salaire minimum fixé par voie réglementaire, etc ...) ; ce qui n'est pas le cas en la matière, puisque la relation de l'arbitre avec les parties ne repose nullement sur un contrat de travail (En ce sens : Beyrouth 3^e ch., 5 juin 2003, Al Adl 2004 p 255). Cela exposé, nous pensons que le juge peut remplir individuellement la mission de statuer sur un différend comme arbitre et devrait, convenance et délicatesse mises à part, valablement prétendre à rémunération.

270 Sanctions. Quelle que soit la position législative ou jurisprudentielle sur ce sujet, la question est de savoir si le prononcé de la sentence par un juge peut être sanctionnée par sa nullité ? La Haute Cour libanaise refuse, justement, d'annuler la sentence. Dans l'arrêt du 9 novembre 2004 précité, il était demandé à la cinquième chambre d'annuler la sentence arbitrale au motif que l'arbitre était devenu membre du Conseil constitutionnel et que le règlement dudit Conseil lui interdisait d'être arbitre. La Haute Cour, tout en constatant l'inexistence de dispositions interdisant au membre du Conseil constitutionnel d'être un arbitre, énonce une solution de principe estimant que même si une telle irrégularité existe, « Cela n'affecte nullement la validité de la sentence arbitrale ; tout au plus, le magistrat sera passible de sanctions disciplinaires » (Cass. lib. civ., 5^e, arrêt n°150, 9 novembre 2004. En ce sens aussi S. LAZAREFF edito, préc.).

(§2) - QUALITES DE L'ARBITRE

Il ne suffit pas d'être un arbitre capable, encore faut-il être indépendant et impartial (1). En outre, l'arbitre doit être suffisamment compétent (2) pour répondre aux attentes des parties.

1- INDEPENDANCE ET IMPARTIALITE

271 Notions. Les notions d'indépendance et d'impartialité et leur distinction ne fait pas l'unanimité. Pour certains « est indépendant, celui qui ne subit pas de pressions, est impartial, celui qui n'a pas de préjugé » (S. GUINCHARD, M. BANDRAC, X. LAGANDE et M. MOUCHY, Droit processuel, précis Dalloz 2000 n°596 p 707). D'autres auteurs contestent la distinction entre l'indépendance et l'impartialité, ils estiment qu'il faut prendre l'«indépendance » comme une notion refuge ou notion résiduelle, c'est-à-dire, comme une notion qui va « attirer à elle en principe, toutes les hypothèses qui semblent de prime abord lui revenir au même titre qu'à

une autre quelconque notion appartenant à la même famille de notion » (V. Ch. JARROSSON, La notion d'arbitrage, spéc. n°486, cité par Th CLAY n°300 p 251 note 2. ; v. aussi M. HENRY, Le devoir d'indépendance de l'arbitre préf. P. MAYER, avant-propos, J.D. BREDIN, LGDJ, Bibl. dr. privé T 352, 2001, spéc. n°185 et 236-444. L'auteur a renoncé à définir la notion d'indépendance au regard de la complexité de la notion).

272 Renonciation à l'indépendance. La règle de l'indépendance de l'arbitre est édictée dans l'intérêt des seules parties qui peuvent y renoncer en connaissance de cause (Paris 18 novembre 2004, Rev. arb. 2004, somm p 989). Jugé que l'indépendance de l'arbitre est une règle impérative, mais édictée pour la protection d'intérêts privés, il est toujours possible pour les parties d'y renoncer en connaissance de cause, sans que soit alors en jeu la violation des règles qui gouvernent le caractère équitable du procès protégé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (Paris 18 novembre 2004, Rev. arb. 2006 p 192 note L. PERREAU-SAUSSINE).

273 Rôle de l'indépendance et de l'impartialité. L'exigence d'indépendance et d'impartialité de l'arbitre est de « *l'essence de sa fonction juridictionnelle exclusive par nature de tout lien de dépendance à l'égard notamment des parties, et de tout préjugé* » (Paris 28 novembre 2002, Rev. arb 2003 p 445 note Ch. BELLOS ; cf. note sous Cass. civ. 2^e, 13 avril 1972, Rev. arb., 1975. p 235, E. LOQUIN ; E. LOQUIN, Les garanties de L'arbitrage, in l'arbitrage ; questions d'actualité, Pet Aff, 2003, n°197, p. 13; R. BADINTER, L'impartialité de l'arbitre, Pet Aff, 19 novembre 1991). L'impartialité de l'arbitre doit être satisfaite non au moment de la rédaction de la clause arbitrale mais au moment de l'acceptation de l'arbitre (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°169, 29 novembre 2003, Rev. Cassandre 2003/11 p 1537). Son défaut constitue une cause de récusation conformément à l'article 769 alinéa 2 NCPC libanais.

274 Obligation d'information. L'exigence d'impartialité oblige l'arbitre à révéler aux parties « *toute cause de récusation supposée en sa personne* » (art 769 al. 2 NCPC lib.; Art. 1452 al 2 CPC fr.). Jugé que la participation du président du tribunal arbitral au colloque avec le conseil de l'une des parties constituait un fait insignifiant dont la révélation n'était pas nécessaire (Paris 13 mars 2008, Rev. arb. 2008 somm. p 340). Cette révélation doit impérativement intervenir même en cas de doute (Trib. 1^e, d'inst. Beyrouth, 5 mai 2008 Al Adl 2009/1 p 274). Il appartiendra à l'arbitre en sa qualité de professionnel de rapporter la preuve par des moyens sérieux de l'exécution de son obligation (Trib. 1^e Inst. Beyrouth, 5 mai 2008 préc.; 2 mars 2006 Rev. lib. arb. 2007 n°44 p 48). La jurisprudence fait une application sévère de ce principe dans la mesure où elle considère que le seul défaut de révélation est constitutif d'impartialité et est révélateur d'absence d'indépendance, entraînant par là, la nullité de la sentence arbitrale (Cass. civ. 2^e, 6 décembre 2004, Rev. arb. 2003 p 1232, obs E. GAILLARD ; Paris 2 avril 2003 et 16 mai 2002, Ibid).

275 Appréciation de l'obligation d'information. L'obligation d'information s'apprécie « *au regard à la fois de la notoriété de la situation critiquée et de son incidence sur le jugement de l'arbitre* » (Paris 28 novembre 2002, Rev. arb. 2003 p 445 note Ch. BELLOC. Adde : Cass. civ. 2^e, 25 mars 1999, Rev. arb. 1999, p 319 note Ch. JARROSSON). A cet effet, la jurisprudence relève que : « *Les circonstances invoquées pour contester cette indépendance ou impartialité doivent caractériser, par l'existence de liens matériels ou intellectuels, une situation de nature à affecter le jugement de cet arbitre et constituer un risque certain de prévention à l'égard de l'une des parties* ».

276 Irrecevabilité. Si la partie ne soulève pas ses objections au moment de la composition du tribunal elle ne peut plus s'en prévaloir. Le recourant devra prouver à peine d'irrecevabilité de sa prétention que les faits et circonstances qu'il invoque à cette fin ne lui ont pas été révélés avant la nomination de l'arbitre car « *s'il en avait eu connaissance, il sera présumé avoir renoncé à s'en prévaloir, ou plus exactement avoir estimé que ces faits et circonstances n'affectaient pas les qualités du juge privé qu'il s'était ensuite donné* » (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, n°1067 ; voir aussi M. de BOISSESSON, n°770 et 795). Egalement, il convient de souligner que l'impartialité de l'arbitre ne peut être soulevée comme moyen d'annulation de

TRIBUNAL ARBITRAL

la sentence mais comme cause de récusation de l'arbitre (Beyrouth, 21 février 2008, Al Adl 2008/2 p 687).

2- COMPETENCE

277 Technicité. En plus de son impartialité et de son indépendance, l'arbitre doit être compétent, c'est-à-dire, apte intellectuellement à trancher le litige qui lui est soumis. Cette aptitude suppose que l'arbitre ait des connaissances juridiques éparses et approfondies, une certaine maîtrise des concepts juridiques et, plus subsidiairement, une familiarité avec les usages professionnels et commerciaux dans lequel le litige a émergé.

PARAGRAPHE 2 : CONDITIONS RELATIVES A LA MISSION DE L'ARBITRE

L'arbitre doit accepter (§1) la mission juridictionnelle (§2) qui lui est confiée. Il devient alors lié aux parties par un contrat d'arbitrage (§3) dont l'inexécution peut entraîner sa responsabilité (§4).

(§1) ACCEPTATION DE LA MISSION

L'arbitre doit nécessairement accepter la mission qui lui est confiée par les parties, à défaut, il ne sera pas considéré comme désigné et la convention d'arbitrage sera alors déclarée nulle et non avenue (v. J-J ARNALDEZ, L'acte déterminant la mission de l'arbitre, mélanges BELLET préc. p. 1s).

278 Moment de l'acceptation. Dans l'hypothèse où l'arbitre ne se trouve pas dans le même lieu géographique que les parties, la question est de savoir quand l'acceptation se réalise-t-elle ? A quelle date se manifeste-t-elle ? La relation entre l'arbitre et les parties est une relation contractuelle et trouve sa source dans la volonté commune des parties de se référer à l'arbitre si celui-ci l'accepte. Donc, en pratique, les parties demandent à l'arbitre de trancher et celui-ci doit apporter sa réponse à cette demande à l'exemple de tout offrant et destinataire (Ch. GAVALDA et Cl. LUCAS DE LEYSSAC, op. cit., p 43). Cependant, il ne s'agit pas exactement, en la matière, de la formation d'un contrat ordinaire, mais plus précisément de la constitution de la juridiction arbitrale, constitution qui ne peut être considérée, comme définitivement accomplie que du jour où les parties ont eu connaissance de la circonstance qui contribue à l'assurer (E. TYAN, op. cit. n° 94, p 122). Aussi, la jurisprudence exige que l'acceptation par l'arbitre de sa mission soit portée de façon certaine à la connaissance des parties (Trib. gr. Inst Paris Ord. 28 octobre 1983, Rev. arb. 1985, p 151 rapp. par E. LOQUIN, Ibid).

279 Forme de l'acceptation. L'article 769 alinéa 1 NCPC libanais subordonne l'efficacité de la convention d'arbitrage à l'acceptation par l'arbitre de la mission qui lui est confiée, « *l'acceptation devant être prouvée par écrit* ». L'acceptation n'est soumise à une aucune forme déterminée. Elle peut être expresse ou tacite. Un arbitre qui n'exprime pas clairement son acceptation mais signe la sentence arbitrale, doit être considéré comme ayant tacitement accepté sa mission. Il en est de même, si l'arbitre entame la procédure d'arbitrage. Pour être valable, l'acceptation doit coïncider exactement avec le litige objet de l'arbitrage. Elle ne saurait être conditionnelle, restrictive ou de "principe" (Paris 30 mars 1962, JCP G 1962, II-12843 note P. LEVEL). Cependant, cette acceptation est facultative : l'arbitre peut décliner l'acte de mission sans motivation aucune. Son refus expresse ou tacite, entraîne la caducité de la convention d'arbitrage (En ce sens : Cass. lib. civ. 9, 27 avril 2006, Cassandre 2006/4 p 889) faute de réalisation de la condition nécessaire à sa perfection et ce, conformément à l'article 766 alinéa 3 NCPC libanais aux termes duquel : « *Le compromis est considéré comme caduc lorsque l'arbitre qui y est désigné refuse la mission qui lui est confiée* » (Y. BUFFELAN-LANORE, Essai sur la notion de caducité des actes juridiques LGDJ 1993; F. NAMMOUR, La caducité des contrats, Al Adl 1998/1, p35s). Mais la désignation d'un deuxième arbitre suite à la récusation du

TRIBUNAL ARBITRAL

premier n'emporte pas caducité au sens de l'article 766 (Beyrouth, 6 décembre 2007, Al Adl 2008/3 p 1177 sp p 1180).

(§2) MISSION JURIDICTIONNELLE

280 Pouvoir juridictionnel. La personne désignée par les parties ne peut valablement se prévaloir de sa qualité d'arbitre que si elle a reçu un pouvoir juridictionnel : elle doit avoir pour mission de trancher un différend opposant deux ou plusieurs parties. La qualité d'arbitre ou de tiers ne saurait dépendre des termes employés par les parties (Paris 1^e ch., 27 avril 2000, Gaz. Pal. Rec. 2001, somm. p 1914, J. n°321, 17 novembre 2001, p. 19; Paris 1^e ch., 9 novembre 1999, Gaz. Pal., Rec. 2001, somm. p 1915, J. n°321, 17 novembre 2001, p. 14).

281 Objet du litige. L'exécution de la mission de l'arbitre s'apprécie au regard de l'objet du litige tel qu'il est déterminé par les allégations des parties (Paris 30 octobre 2008, Rev. arb. 2008 somm. p 847; 17 avril 2008, Ibid. somm. p 344) sans s'attacher uniquement à l'énoncé des questions dans l'acte de mission (Cass. civ. 2^e, 24 juin 2004, Rev. arb. 2004, somm. p 738). L'arbitre ne doit se prononcer que "*sur ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé*" (Beyrouth 13 novembre 1995, Rev. lib. arb. 1996/1 n° 26, p 78).

(§3) CONTRAT D'ARBITRAGE

282 Arbitre et parties. L'arbitrage s'articule sur deux contrats : un contrat conclu entre les parties, créateur de l'obligation réciproque de compromettre, l'arbitre n'est pas partie à ce contrat (En ce sens, Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°29, 28 février 2002, Rev. lib. arb. n°22 p 75 ; Rec. civ. Sader 2002, p 383). Et un contrat conclu entre les parties et l'arbitre, en vertu duquel les parties confient à l'arbitre, qui accepte, la mission de trancher le litige. Faute de dispositions législatives expresses, l'existence du contrat d'arbitrage dit aussi « *contrat d'arbitre* » (Th. CLAY, L'arbitre, spéc. n°620 p 496) est entérinée par la doctrine (V. Th. CLAY, op. cit. et les nombreuses références citées, n°592 p 477 note 7) et la jurisprudence (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°60/2004, 1^{er} avril 2004, Rev. lib. arb. 2004 n°30 p 53; v. aussi Paris 4 mai 1988, Rev. arb. 1998, p 657 [2^e esp] note Ph. FOUCHARD ; Reims 16 décembre 1999, Rev. arb. 2000, 316 note Th CLAY).

283 Nature juridique. La question est de savoir qu'elle est la nature juridique de cette relation. Le contrat d'arbitrage n'est pas un mandat. En effet, le mandataire représente le mandant, alors que l'arbitre a pour mission de juger les litigants. Le mandataire a un pouvoir de représentation alors que l'arbitre a un pouvoir juridictionnel (Paris 25 mars 1999, Rev. arb. 2003 p 123 note Ph. FOUCHARD ; Beyrouth 1^e ch., arrêt n°1135, 12 octobre 1999, Rev. lib. arb. 2001, n°18 p 22 qui relève expressément que l'arbitre ne représente pas les parties). Le mandataire est un simple tiers alors que l'arbitre doit être regardé comme un juge (Ph. FOUCHARD, note préc. p 129). De la même façon, le contrat d'arbitrage n'est pas un mandat d'intérêt commun (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, op. cit. n° 1110, 622 ; L. CADIET, Droit judiciaire privé, Litec 1998 n° 2020, p.853; Cass. civ. 2^e, 3 juillet 1996, JCP G 1996, IV-1977; Paris 24 mai 1992, Rev. arb. 1993, p. 277). En effet, la substance du mandat est incompatible avec le contrat d'arbitrage, donc, toutes les qualifications qui découlent du mandat doivent être considérées comme incompatibles avec le contrat d'arbitrage (Th. CLAY, L'arbitre, n°1034 p 774). Le mandat d'intérêt commun implique l'existence d'une représentation, ce qui n'est pas le cas de l'arbitre. Ensuite, pour qu'un mandat soit d'intérêt commun, il faut qu'il soit conclu dans l'intérêt du mandant et du mandataire, c'est-à-dire dans l'intérêt des parties à l'arbitrage et de l'arbitre. En ce sens que l'arbitre doit avoir un intérêt caractéristique lié à la réalisation de l'objet du mandat, c'est-à-dire au prononcé de la sentence. Or, l'arbitre ne tire aucun profit du contenu de la sentence qu'il rend. De même, il ne s'agit pas d'un contrat d'entreprise. En effet, dans le contrat d'entreprise, une personne – l'entrepreneur – s'engage moyennant rémunération à accomplir de manière indépendante un travail, au profit d'une autre – le maître de l'ouvrage – sans la représenter. Or, comme le relève un auteur : « *La notion de travail pour autrui est incompatible avec la mission juridictionnelle de l'arbitre ; d'une part, l'arbitre est davantage investi d'une mission que d'un travail, même intellectuel ; d'autre part, comme on l'a déjà dit,*

TRIBUNAL ARBITRAL

il n'agit pas pour quelqu'un mais au nom de la justice qu'il rend (Th. CLAY, L'arbitre n°1040 p 779 et les réf. citées). A la qualification sui-généris défendue par les uns (Th. CLAY, Ibid n°1043 p 781 ; Paris 13 décembre 2001, Rev. arb. 2003, 2^e esp., 2^e décembre, obs. H. LECUYER) nous préférons voir dans le contrat d'arbitrage, un simple contrat de prestation de services : l'arbitre est un prestataire à titre onéreux qui engage sa responsabilité dans les conditions de droit commun. En ce sens qu'il est payé pour rendre une sentence arbitrale (Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Les contrats spéciaux, par PY. GAUTIER, Cujas 1998, n° 1211, p 614; v° aussi L. CADIET op. cit. n°2020, p 853).

(§4) RESPONSABILITE DES ARBITRES

284 Droit commun. Les arbitres ne sont investis d'aucune fonction publique et ne peuvent par suite engager la responsabilité de l'Etat. Dans l'accomplissement de leur contrat d'arbitre, les arbitres engagent leur propre responsabilité civile à raison de leur inexécution ou mauvaise exécution qui leur serait imputable à faute (Paris 6 novembre 2008, Rev. arb. 2008, somm p 848). L'action en dommages et intérêts dirigée contre eux à raison de leur mission ne peut l'être que dans les conditions de droit commun (Cass. civ. 2^e, 29 janvier 1960, D. 1960, 262). Le lien de nature contractuelle qui unit l'arbitre aux parties justifie que sa responsabilité soit appréciée dans les conditions de droit commun sur le fondement de l'article 1142 du code civil (Art. 252 COC).

285 Refus de remplir la mission. La question est de savoir si l'arbitre après acceptation de sa mission peut refuser de la remplir? Aux termes de l'article 769 alinéa 3 NCPC libanais: « *Après acceptation de la mission, l'arbitre ne peut plus y revenir sauf motif sérieux sous peine de le condamner à dédommager le préjudice* ». Ainsi, excepté le motif sérieux qu'il doit prouver, l'arbitre doit rendre la sentence sous peine d'engager sa propre responsabilité contractuelle du fait de la non exécution de son obligation résultant de la convention d'arbitrage. Le refus de l'arbitre exprimé en cours de mission n'éteint pas la convention d'arbitrage.

SECTION 2 : CONDITIONS DU TRIBUNAL ARBITRAL

La loi prévoit divers modes de désignation du tribunal arbitral (Paragraphe 1). En outre, cette désignation peut intervenir selon deux modalités (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : MODES DE DESIGNATION DU TRIBUNAL ARBITRAL

Normalement désignés par les parties (§1), les arbitres peuvent être désignés par un tiers suivant la volonté des parties (§2) ou même, dans certains cas, par le juge étatique (§3).

(§1) DESIGNATION PAR LES PARTIES

286 Autonomie de la volonté. En principe, il appartient aux parties de désigner le ou les arbitres composant le tribunal arbitral (art 763 al 22 NCPC lib) sans qu'il n'existe aucun doute sur l'individualité des arbitres (Req. 12 février 1906 : DP 1907, 1, 245). La clause copromissoire est suffisante pour composer le tribunal arbitral (Cass. civ. 1^e, 17 janvier 2006, JCP G 2006, IV-1283). Il n'est pas d'obligation aux parties de désigner les arbitres en leur nom ou qualité, il suffit qu'elles conviennent des modalités de leur désignation sous réserve que la clause copromissoire ne soit pas manifestement nulle (Pdt Trib. pr. Inst. Beyrouth 12 mai 1992, cité. par A. CHAMS EL DINE, op. cit., 436). Parfois, les parties prétendent que la sentence arbitrale n'émane pas de l'arbitre effectivement choisi par elles. Mais la simple signature de la sentence par l'arbitre désigné implique qu'elle émane de ce dernier (Beyrouth 19 octobre 1995, Rev. jud. lib. 1995, p 1024s, sp., 1033).

287 Egalité des armes. Le principe d'égalité des armes, consacré notamment par l'article 6 § 1 CEDH et l'article 8 DUDH signifie que les plaideurs doivent être placés sur un pied d'égalité tout au long de la procédure. Cela implique que la désignation des arbitres par les parties se fasse à armes égales, c'est-à-dire, dans des conditions égales de désignation. La Haute Cour française a estimé que l'égalité des parties dans la désignation des arbitres est d'ordre public et qu'on « *ne peut y renoncer qu'après la naissance du litige* » (Cass. civ. 1^e, 7 janvier 1992 Ducto, Rev. arb. 1992 p 470 note P. BELLET ; RTDcom 1992, p 796, obs. J-C DUBARRY et E. LOQUIN). A ce propos, soulignons qu'il revient d'abord à l'arbitre de se prononcer sur le risque sérieux de la violation dudit principe (Paris 18 novembre et 4 mai 1987, Rev. arb. 1988, p 657 note PH. FOUCHARD). Néanmoins, si le défendeur ratifie sans aucune réserve l'acte de mission établi par l'arbitre désigné conformément à l'accord des parties par le demandeur à l'arbitrage, cette ratification vaut renonciation à l'inégalité alléguée (Paris 16 novembre 1999, Rev. arb. 2000 p 312 note D. BUREAU). De même, le principe d'inégalité ne sera pas en cause lorsque le tribunal est composé d'un arbitre unique (Paris 7 octobre 1999, Rev. arb. 2000 p 288 note D. BUREAU).

288 Clause de pré-sélection. La question est de savoir si la clause compromissoire peut laisser à chacune des parties le choix de désigner individuellement l'un ou l'autre des arbitres pré-sélectionnés? Cette clause tend à reconnaître à chacune des parties une compétence facultative à l'exemple de celle en vigueur devant les juridictions étatiques. En effet, le recours judiciaire est réglémenté par le législateur qui détermine les diverses compétences des différents tribunaux, notamment, *ratione materiae* et les règles de procédure s'y rattachant. En ce sens que la compétence judiciaire facultative est née de la volonté du législateur. Elle est reconnue aux parties par la loi. Au contraire, en matière d'arbitrage, la compétence de l'arbitre émerge du commun accord des parties c'est-à-dire, de la rencontre de leurs deux volontés. Or, laisser le choix à l'une seule des parties de choisir unilatéralement l'arbitre est de nature à mettre la volonté commune en échec, d'où il en résulte que la clause devrait être en principe censurée en pareille hypothèse (Cass. civ. 27 avril 1987 Al Adl 1987, p 153). Néanmoins, la simple pré-sélection n'est pas constitutive en elle-même d'inégalité des parties, de "déséquilibre" dans la désignation des arbitres et ne peut justifier l'annulation de la sentence (Paris 1^e ch., 16 novembre 1999, Gaz. Pal., Rec 2000, somm. p 2558, J. n°337, 2 décembre 2000, p. 53). Au surplus, si le défendeur ratifie l'acte de mission établi par l'arbitre désigné par le demandeur, le défendeur est réputé avoir renoncé à se prévaloir de l'inégalité alléguée. En tout état de cause, pour être recevable, le grief invoqué à l'encontre de la sentence du fait de l'irrégularité de la désignation du tribunal arbitral, doit avoir été soulevé chaque fois que cela était possible devant le tribunal lui-même (Paris 1^e ch., 16 mai 2002, Gaz. Pal., Rec. 2002, somm. p 1809, J. n°355, 21 décembre 2002, p 8). En tout cas, la clause de pré-sélection des arbitres sera valable si les parties déterminent, dès la conclusion de la clause, les modalités de l'exercice du choix, c'est-à-dire, les conditions de saisine de l'un ou de l'autre arbitre. En effet, dans ce cas, la volonté commune des parties a accepté lesdites modalités (V. Trib. gr. Inst. Paris, Ord. réf. 7 décembre 1994, Rev. arb 2000, 2^e esp p 116 note E. LOQUIN).

289 Délai de désignation des arbitres. Très souvent, un délai contractuel est prévu pour la désignation des arbitres. Cependant, cette désignation peut ne pas intervenir dans le délai ainsi fixé: soit que l'une des parties est restée silencieuse, soit qu'elle n'a pas pu, pour une raison quelconque, procéder à la désignation de son arbitre dans le temps contractuel. La question se pose alors de l'interprétation des délais contractuels de désignation des arbitres? La jurisprudence considère que le délai de désignation de l'arbitre ne doit pas être tenu de plein droit comme un délai de forclusion (Paris 1^e ch. 17 novembre 1994, Rev. arb. 1996, 3^e esp. p 137 note J. PELLERIN) sauf si la convention d'arbitrage acceptée par les parties stipule un délai de saisine sous peine de forclusion (Paris 4 janvier 1992, Rev. arb. 1992, p 640 obs. J. PELLERIN). D'autre part, la jurisprudence estime que le silence (Paris 1^e ch., 2^e esp.; 2 novembre 1994, Rev. arb. 1996, p 137 note J. PELLERIN) ou le retard (Beyrouth, 22 juin 2006, Rev. lib. arb. 2008 n°45 p 21s spéc. p 24) de l'une des parties dans la désignation de son arbitre n'implique pas une renonciation à l'arbitrage, et n'entraîne pas la caducité de la clause compromissoire sauf clause contraire (Versailles 14 novembre 1996, Rev. arb. 1997 p 361 note A. HORY).

(§2) DESIGNATION PAR UN TIERS

290 Validité. Les parties peuvent valablement confier à une tierce personne la tâche de désigner le ou les arbitres sur la base d'un mandat (Cass. civ. 5 novembre 1936, Gaz. Pal. 1936, 2, p 942). Le tiers doit personnellement remplir sa mission. Il ne peut ni s'adjoindre ni se substituer d'autres personnes. Par application des règles générales régissant le contrat de mandat, si le tiers n'exécute pas son obligation il sera tenu responsable à l'égard des parties dans les mêmes conditions qu'un simple mandataire. La non-désignation de l'arbitre entraîne la nullité de la convention d'arbitrage. Le tiers peut être une personne physique désignée nommément ou choisie en considération de sa qualité. Il peut être aussi une personne morale tel qu'un organisme d'arbitrage conformément à son propre règlement.

291 Désignation institutionnelle. Si les arbitres désignés sont acceptés par toutes les parties, leur révocation ne pourra survenir que dans le cas d'accord des parties vu l'intérêt commun. Au contraire, si les arbitres ne sont pas acceptés, l'organisme d'arbitrage invitera chacune des parties à désigner un arbitre, et, faute d'accord, désignera lui-même le troisième arbitre nécessaire pour compléter le tribunal arbitral conformément à la règle de l'imparité. L'organisme d'arbitrage peut également désigner l'arbitre d'une des parties si celle-ci ne répond pas à l'invitation qui lui a été faite de procéder à cette désignation. Il peut également désigner l'ensemble du tribunal arbitral si les parties lui en donnent mission d'un commun accord (Art. 772 NCPC lib.). Dans le cadre d'un arbitrage institutionnel, seul l'organisme chargé de l'organisation de l'arbitrage peut connaître des problèmes de dysfonctionnement du tribunal arbitral notamment la demande de récusation de l'arbitre sauf si le dit organisme se refuse à le faire auquel cas l'affaire pourra être portée devant le tribunal de première instance. Si ce dernier tribunal retient sa compétence cela ne sera pas un obstacle à la continuation de l'arbitre de sa mission dans la mesure où cette décision ne décline ni l'investiture de l'organisme ni celle de l'arbitre, parce qu'elle n'a pas l'autorité de la chose jugée (Cass. lib. civ. 5, 13 novembre 2007 Al Adl 2008/1 p 232).

(§3) DESIGNATION PAR LE JUGE

292 Compétence. Si les parties ne parviennent pas à désigner l'arbitre unique ou le troisième arbitre en cas de collège arbitral, les articles 764 et 771 NCPC libanais relatifs à l'arbitrage interne (Art. 810 NCPC en matière d'arbitrage international) prévoient expressément l'intervention du président du tribunal de première instance comme porte de secours. La compétence du président du tribunal de première instance est impérative, exclusive et dérogatoire. Elle s'explique par le rôle éminent de ce juge consacré par le nouveau code de procédure civile pour régler les difficultés de constitution du tribunal arbitral, y compris à titre subsidiaire en cas de contestation de l'accomplissement par le tiers préconstitué de sa mission (Paris 19 juin 2003, Rev. arb. 2004, somm p 137). Ainsi, on ne peut saisir le juge des référés des difficultés de désignation de l'arbitre sous prétexte d'urgence (Contra : Beyrouth, 20 mai 2008, Rev. lib. arb. 2008 n°45 p47; 22 janvier 1997, Rev. lib. arb. 1998/7 n° 13, p 46s), ou sous prétexte de « *donner plein effet à la volonté des parties* » (Pdt Trib. pr. Inst. Beyrouth 1^e ch., jgt n°14-37, 3 mars 2004, Rev. lib. arb. 2005 n°33 p 57; Al Adl 2005/2 p 381). Comme le relève justement la Cour d'appel du Mont-Liban : « *La compétence du juge des référés est d'ordre public et les parties ne peuvent la transgresser notamment en lui donnant le pouvoir de désigner l'arbitre* » (Mont-Liban 4^e ch., arrêt n°138, 19 février 2001, Rev. lib arb. 2001 n°18 p 24). Cela, d'autant plus qu'aucun texte ne lui reconnaît un tel pouvoir (Sur l'irrégularité de la désignation d'un arbitre effectué par le président du tribunal de commerce v. Cass. civ. 2^e, 19 mai 1999, Gaz. Pal. Rec. 2000, somm. p167, J. n°11, 11 janvier 2000, p. 69). La clause compromissoire confiant au juge des référés la mission de désigner l'arbitre n'est pas pour autant totalement nulle. L'obligation de compromettre subsiste mais la portion de la clause relative à la compétence du juge des référés doit être considérée comme nulle et non avenue. Le président du tribunal doit négliger une telle compétence purement

TRIBUNAL ARBITRAL

et simplement et procéder à la désignation immédiate de l'arbitre dans les termes des articles 764 et 771 NCPC libanais.

293 Forme. La demande se présente sous forme d'une requête mais rien n'interdit au juge de la signifier à l'autre partie à l'arbitrage afin qu'elle formule ses observations (Pdt Trib. pr. Inst. Beyrouth, jgt n°16-90, 6 juillet 2000, Rev. lib. arb. 2000/1999 n°14 et 15 p 132).

294 Arbitrabilité et constitution du tribunal arbitral. La contestation de l'arbitrabilité du litige ne saurait faire obstacle à la constitution du tribunal arbitral ; ce sera à lui de statuer prioritairement si le litige entre dans le champ d'application de la convention d'arbitrage (Trib. gr. Inst. Paris, Ord. réf. 10 janvier 1996 et 9 février 2000, Rev. arb. 2002 p 427 note Ph. FOUCHARD). En effet, il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur l'existence et l'étendue de son pouvoir juridictionnel (Cass. civ. 1^e, 26 juin 2001, Rev. arb. 2001, p 529 note E. GAILLARD ; 16 octobre 2001 Rev. arb. 2001, p 920). L'intervention du juge ne doit pas interférer avec le pouvoir juridictionnel des arbitres (Paris 1^e ch., 8 novembre 2001, Gaz. Pal. Rec. 2002, somm. p 757, J. n°164 13 juin 2002, p. 20).

295 Incidence d'une procédure pénale. La règle « *le criminel tient le civil en l'état* » ne saurait faire obstacle à la constitution du tribunal arbitral et à la saisine des arbitres (Trib. gr. Inst. Paris Réf 12 février 1996, Rev. arb. 1996, p 135 obs. J. PELLERIN ; Paris 16 juin 1998, Rev. arb. 1999 p 333 note L. IDOT ; infra, n°467).

296 Difficultés de constitution du tribunal arbitral. Sauf clause contraire (Pdt Trib 1^e inst. 12 août 2008, Al Adl 2009/1 p 306), l'intervention du juge aura lieu à chaque difficulté de constitution du tribunal constitutive elle-même d'une *difficulté d'application de la clause compromissoire* » (Cass. civ. 2^e, 25 mai 2000, Rev. arb. 2000 p 640 note A. LACABARATS) et, le cas échéant, suivant les modalités convenues entre les parties (Beyrouth, 15 juin 2006, Al Adl 2006 p 1554). En effet, le président du tribunal ne remplit pas une simple mission d'assistance technique à l'arbitrage mais « *veille à la mise en œuvre et au bon déroulement de l'instance arbitrale voulue par les parties* » (Ph. FOUCHARD, La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage, Rev. arb. 1985 p 5 spéc. p 50 ; v. aussi B. LEURENT, L'intervention du juge, Rev. arb. 1992. p 303). Ainsi, le juge interviendra si l'une des parties refuse de nommer l'arbitre (Cass. lib. civ. 26 janvier 1988, rapp. par A. CHAMS EL DINE op. cit., p 432; Trib. pr. Inst. Beyrouth 29 octobre 1998, IDREL, p 126), ou en cas de défaut d'accord entre les deux premiers arbitres (Trib. gr. Inst. Paris 4 avril 2003, Rev. arb. 2004, somm. p 129). Mais le juge judiciaire n'intervient que s'il est constaté une difficulté de désignation de l'arbitre (Beyrouth 3^e ch., arrêt n°1749, 11 décembre 2003, Rev. lib. arb. 2004 n°29 p 33; Pdt trib. 1^e Inst. 8 mai 2006, Rev. lib. arb. 2007 n°44 p 30). Cette intervention du juge par application de l'article 764 NCPC libanais ne joue pas en cas de refus de l'arbitre de la mission arbitrale évoquée par l'article 766 NCPC libanais (Cass. lib. civ. 9^e, 27 avril 2006, Cassandre 2006/4 p 889s).

297 Conditions de la saisine. La saisine du juge étatique est soumise à certaines conditions :
1- Il faut qu'un litige soit né ; la partie ne peut valablement requérir l'intervention du juge en prévention d'un litige à venir ou éventuel (Cass. civ. 2^e, 16 mai 1994, Rev. arb. 1994, p 717 note A. HORY).
2- Le litige doit faire partie de l'objet de la clause arbitrale. A défaut, le juge ne doit pas désigner l'arbitre, qui, à l'évidence, devra se déclarer incompétent (T. Com. Poitiers 1^{er} février 1993, Rev. arb. 1994, p 564 note Ph. FOUCHARD).
3- Le juge doit s'assurer de l'exacte nature et qualification de la convention d'arbitrage. Ainsi, s'il constate l'absence du pouvoir juridictionnel, il devra refuser son appui.
4- Le juge étatique ne pourra valablement intervenir si la clause d'arbitrage donne compétence à une institution d'arbitrage ou autorité quelconque ; celle-ci, conformément à son statut, devra statuer alors sur les difficultés naissant à propos de la désignation des arbitres (J. RUBELLIN E. DEVICHI et E. LOQUIN art. préc. n° 37; Cass. civ. 2^e, 3 novembre 1993, Rev. arb. 1994, p 533).
5- La clause ne doit pas être manifestement nulle ou inapplicable.

298 Juge judiciaire et incompétence de l'arbitre. Si le motif de la saisine repose sur l'incompétence de l'arbitre, le juge doit respecter la règle de priorité en vertu de laquelle il revient par priorité à l'arbitre de se prononcer sur sa propre compétence (Paris 12 février 2004, 2 arrêts, Rev. arb. 2004, somm p 449).

299 Juge judiciaire et excès de pouvoir. Le juge judiciaire ne doit pas commettre un excès de pouvoir. Commet un excès de pouvoir le juge qui « *prend parti sur le litige, sur l'existence, la validité ou l'inapplicabilité de la convention d'arbitrage* (D. FOUSSARD, Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage, Rev. arb. 2002 p 579 et s spéc p 592, v. les nombreuses réf. jurispr. citées. Adde Beyrouth 3^e ch., 11 décembre 2003, Rev. lib. arb. 2004 n°29 p32). Au contraire, jugé qu'en ordonnant une mesure préparatoire qui enjoint à une partie de révéler le nombre d'arbitrages pour lesquels elle a nommé une personne en qualité d'arbitre, le juge d'appui n'excède pas ses pouvoirs dès lors qu'il a pour mission de résoudre les difficultés de constitution du tribunal arbitral de manière à ce que cette juridiction soit investie de la confiance des parties (Cass. civ. 1^e, 20 juin 2006 Rev. arb. 2007 p 463 note J. ORTSCHIEDT).

300 Décision du juge. Sous réserve des conditions sus-mentionnées, le juge procède à la désignation de l'arbitre. La demande sera repoussée s'il constate la nullité manifeste de la clause ou s'il estime que la clause est insuffisante (Trib. gr. Inst. Paris 8 septembre 1983, Rev. arb. 1983, p 479 note B. MOREAU ; RTD civ 1984, p 546, obs. NORMAND ; Cass. civ. 2^e, 23 novembre 1983, Rev. arb. 1986, p 85 ; RTD civ 1984, p 546 obs. NORMAND) pour permettre une telle désignation (Art. 764 al 2 NCPC lib. ; art. 1444 NCPC fr.). Dans ce cas, il rend une décision constatant l'existence de l'une ou l'autre situation et déclare n'y avoir lieu à désignation. Les motifs du refus doivent être intrinsèques à la clause compromissoire (Trib. pr. Inst. Mont-Liban, 25 juin 2003 Rev. lib. arb 2003 n°27 p27). Exceptionnellement, le juge judiciaire ne pourra pas apprécier la nullité où l'insuffisance manifeste de la clause compromissoire et devra « *procéder à la nomination sollicitée* » dans le cas où le juge du fond, préalablement saisi par l'une des parties à l'arbitrage, a déjà décliné sa compétence en raison de l'existence de la convention d'arbitrage (Cass. civ. 2^e, 24 juin 2004, JCP E 2004, 1963 ; JCP E 2005, chron Droit de l'arbitrage, 675 note J. ORTSCHIEDT : *En effet, le juge d'appui doit tenir compte de la modification de l'ordonnancement juridique créée par le juge du fond sous peine de déni de justice* »).

301 Recours contre la décision. L'article 764 alinéa 2 NCPC libanais énonce que la décision rejetant la demande de désignation de l'arbitre est susceptible d'un recours en appel. En revanche, l'alinéa 1^{er} du même article relève que la décision emportant désignation de l'arbitre n'est susceptible d'aucun recours. Cependant, malgré la prohibition de principe des voies de recours en cas de désignation d'un arbitre par le président du tribunal de première instance, prohibition conçue dans les mêmes termes en droit libanais et en droit français (Art. 444 CPC fr.), doctrine et jurisprudence considèrent que l'appel-nullité demeure recevable lorsque la décision procède d'un excès de pouvoir ou de la violation d'un principe fondamental (Cass. civ. 2^e, 16 mars 2000 D 2000 Inf. rap. p. 149 ; Gaz. Pal., Rec 2000, somm. p. 1561, J. n°190, 8 juillet 2000, p.9 ; Cass. com. 12 mai 1992, Bull IV n°182 ; 30 mars 1993, Bull. IV n°132 ; Paris 10 octobre 2002, Rev. arb. 2003 p 1277 obs. A. LACABARATS ; Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°172, 7 décembre 2004, inédit ; Berouth 29 janvier 2009, Al Adl 2009/2 p 648 ; V. D. FOUSSARD, Le recours pour excès de pouvoir dans le domaine de l'arbitrage, et les nombreuses réf. citées). Néanmoins, jugé qu'en prorogeant le délai d'arbitrage et en confirmant la désignation d'un arbitre, une cour d'appel statue dans la limite des pouvoirs qu'elle tient de la loi et de la convention des parties, et ne commet pas d'excès de pouvoir (Cass civ 1^e, 23 janvier 2007, Rev. arb. 2007 p 284 observ. E. TEYNIER).

302 Egalité des parties. La décision de désignation des arbitres sera passible de recours au cas où elle porte atteinte au principe de l'égalité des parties (Cass. civ. 1^e, 8 juin 1999, Gaz. Pal. Rec 1999, panor. p 243 ; Gaz. Pal., Rec. 2000, somm. p. 167, J. n°11, 11 janvier 2000, p 70). Mais, jugé que la partie qui après la désignation d'un troisième arbitre par une juridiction étatique a participé aux opérations d'arbitrage sans contester cette désignation, a par son comportement renoncé à contester la désignation du troisième arbitre (Cass. civ. 2^e, 19 mai 1999, Gaz. Pal., Rec. 2000, somm. p 2558, J. n°337, 2 décembre 2000, p. 50).

PARAGRAPHE 2 : MODALITES DU TRIBUNAL ARBITRAL

Les parties peuvent recourir à un arbitre unique (§1) ou à un collège arbitral (§2).

(§1) ARBITRE UNIQUE

303 Avantages et inconvénients. La désignation d'un arbitre unique présente des avantages évidents : meilleur encadrement des débats, rapidité de la procédure, maîtrise du procès, économie des frais et honoraires, etc. Cependant, l'arbitrage unique présente plus que le collège arbitral des risques d'oubli, de mauvaise interprétation d'un texte de loi ou de dénaturation de certains faits. Il réduit la marge des connaissances juridiques et approfondies. Il limite, voire, exclut, tout débat intellectuel de sorte que l'arbitre n'entrevoit le litige qui lui est soumis que de son seul point de vue qui peut être erronné.. En pratique, le nombre d'arbitres dépend des intérêts mis en jeu : quand ils sont développés, les parties s'adresseront à un collège arbitral.

304 Clause de disponibilité. Parfois les parties prévoient que le litige sera tranché par un arbitre unique mais nomment deux arbitres, la clause n'est pas nulle pour autant. Jugé que " *Cette clause n'implique pas que ces deux arbitres doivent être désignés cumulativement, mais qu'à défaut de disponibilité de l'un, l'autre serait désigné* " (Versailles 1^e ch., 20 décembre 2001, Gaz. Pal., Rec. 2002, somm. p 753, J. n°164, 13 juin 2002, p. 23).

(§2) COLLEGE ARBITRAL

305 Mécanisme. Les parties peuvent valablement désigner un collège arbitral. La pratique consiste en ce que chacune d'entre elles nomme un arbitre et que les arbitres ainsi désignés nomment le troisième. Dans ce cas, il est d'usage que le choix des arbitres soit soumis à la ratification des parties mais il n'y a là aucune obligation. En effet, le principe de l'indépendance des arbitres à l'égard des parties leur permet de ne tenir nullement compte de leur opinion (Beyrouth, 13 octobre 2005 Al Adl 2006 p 251; Trib. gr. Inst. Paris 4 avril 2003, Rev. arb. 2004 somm, p 130, Rev. arb. 2005, Assaroc/Clains, p 162 note L. JAEGER). Les parties ont la liberté la plus absolue pour la désignation des arbitres auxquels elles entendent confier la mission de trancher leur différend. Si les deux arbitres désignés ne s'accordent pas sur la désignation du troisième arbitre, la clause compromissaire ne sera pas nulle pour autant. Dans ce dernier cas, la saisine du président du tribunal d'instance permettra de compléter la composition du tribunal (Cass. lib. civ. 5^e ch., arrêt n°79, 28 mai 2002, inédit).

306 Irrecevabilité. La partie sera toujours mal fondée à demander l'annulation de la sentence tirée du grief de l'irrégularité de la composition et ou de la désignation des arbitres s'il est constaté qu'elle a renoncé expressément ou tacitement à se prévaloir d'éventuelles irrégularités (Paris 1^e ch., 7 avril 1994, Rev. arb. 1996, p 78). La jurisprudence se fonde sur la règle de l'estoppel comme fondement de l'irrecevabilité. Ainsi jugé qu'une partie qui a participé à la procédure arbitrale ayant mené à la sentence sans faire d'objection à la composition du tribunal arbitral est désormais, en vertu de la règle de l'estoppel, irrecevable à demander au juge de l'exequatur de rejeter la sentence en raison d'une irrégularité dans la composition du tribunal arbitral à laquelle elle a tacitement mais nécessairement donné son accord (Paris 10 avril 2008, Rev. arb. 2008, somm. p 343).

307 Action des arbitres. L'article 779 alinéa 1 NCPC libanais énonce : « *Les actes d'instruction sont faits par tous les arbitres si le compromis ne les autorise à commettre l'un d'entre eux* » (Art. 1461 al. 1 NCPC fr.). Ainsi, sauf clause contraire insérée dans la convention d'arbitrage, les arbitres sont tenus d'agir tous ensemble. A fortiori, ils ne pourront déléguer ou répartir les tâches qui leur incombent à l'un seul d'entre eux. Si une partie prétend qu'un arbitre se serait livré personnellement à des actes d'instruction à l'insu de ses coarbitres et des parties, elle doit en apporter la preuve (Paris 1^e ch., 26 octobre 2000, RTD com 2001, p.53). Comme

TRIBUNAL ARBITRAL

l'écrit justement M. E. LOQUIN (JCL Proc. civ. Fasc. 1036 op. cit. n° 59): *“La règle de l'article 1461 alinéa 1, est en réalité une protection formelle contre les conséquences fâcheuses de la pratique des arbitres. Chacun des arbitres ayant tendance à se considérer comme le représentant plus ou moins avoué de la partie qui l'a désigné, l'obligation de procéder ensemble est une garantie contre une éventuelle partialité de l'arbitre chargé d'instruire l'affaire. Mais, à ce titre, elle n'est qu'une formalité qui concrètement assure le respect de la défense. Autrement dit, son non-respect n'entraîne pas ipso facto une violation des droits de la défense, et de la même manière, comme le prévoit le texte, il peut être renoncé à cette forme protectrice”*.

308 Sanctions. La jurisprudence considère que la violation de l'article 1461 alinéa 1 CPC français (Art. 779 al. 1 NCPC lib.) ne constitue pas en elle-même une violation des droits de la défense (Paris 26 avril 1985, Rev. arb. 1985, p 311 note E. MEZGER). Il en résulte que la délégation particulière donnée pour instruire par le tribunal arbitral à l'un des arbitres ne constitue une violation des droits de la défense que dans la mesure où elle empêche les parties de débattre contradictoirement des mesures d'instruction.

309 Condition d'imparité. Aux termes de l'article 771 alinéa 1 NCPC libanais, les arbitres doivent être en *“nombre impair sous peine de nullité de l'arbitrage”* (V. J.-F. BARBIÈRI, Imparité en nombre d'arbitres ou en voix ? Pet aff. n°233, 21 novembre 2003 p 18). La méconnaissance de la règle de l'imparité n'emporte pas en elle-même nullité automatique de la clause compromissoire (Beyrouth, 22 mars 2007, Rev. lib. arb, 2007, n°42 p 24s spéc. p 28). Si les parties à une convention d'arbitrage désignent les arbitres en nombre pair, la composition du tribunal arbitral peut être régularisée (Beyrouth, 6 décembre 2007 Al Adl 2008/3 p 1177). D'après l'article 771 alinéa 2 du même code, cette régularisation peut se faire, soit suivant les dispositions contractuelles soit, à défaut, par les arbitres déjà désignés, ou, si ceux-ci ne peuvent pas se mettre d'accord, par le président du tribunal de première instance. Le président du tribunal de première instance tient de l'article 764 NCPC, s'il est saisi à cet effet, le pouvoir de prendre les mesures nécessaires pour que le tribunal arbitral soit constitué conformément à la règle de l'imparité (Cass. civ. 2^e, 25 mars 1999, JCP G 1999, IV-1919 ; D 1999 Inf. rap. p. 107 ; Gaz. Pal., Rec 2001, somm. p. 172, J. n°53, 22 février 2001, p 11, note E. de RUSQUEC). En revanche, si la composition du tribunal arbitral n'est pas régularisée, la sentence sera annulée. A fortiori, la méconnaissance de cette règle justifie le refus de l'exequatur (Cass. lib. civ. 1^e, arrêt n°5, 14 janvier 1999, Rec. civ. Sader 1999 p 27).

310 Renonciation à l'imparité. La question est de savoir si les parties peuvent renoncer à l'exigence d'imparité ? Selon la Cour de Cassation française, les articles 1453 et 1459 NCPC *« imposent sans que les parties puissent y déroger, que le tribunal arbitral soit constitué d'un seul arbitre ou de plusieurs arbitres en nombre impair »* (Cass. civ. 2^e, 21 novembre 2002, Rev. arb. 2003 p 1356 obs. L. JAEGER, RTDcom 2003, p 62, chron. E. LOQUIN ; Pet. Aff. 21 novembre 2003, p.18, J. F. BARBIERI; Paris 1^e ch., 29 avril 2003, Gaz. Pal ; Rec 2003, somm. p 1854, J. n°151, 31 mai 2003, p. 24 ; JCP E 2003, chron. 1588 n°4, obs. J. ORTSHEIDT). De même, la Cour d'appel de Beyrouth considère l'exigence d'imparité comme une règle d'ordre public (Beyrouth 23 janvier 1995, Rev. lib. arb. 1996/1 n°23 p 75, IDREL p 27).

311 Umpire. Le système anglais traditionnel opte pour un nombre pair d'arbitres, avec recours possible à un *« Umpire »* en cas de désaccord entre les deux arbitres initialement désignés (C. POTOK, *« The Umpire »* en droit anglais de l'arbitrage : un mécanisme de sauvegarde des droits des parties ou un double degré de juridiction ?, Gaz. Pal., Rec 2002, Cahiers de l'arbitrage, Doct p 32s).

SECTION 3 : METHODES APPLICABLES D'ARBITRAGE

312 Aux termes de l'article 775 NCPC libanais : *« Les parties peuvent convenir dans la clause compromissoire ou la convention de compromis ou dans un contrat indépendant que l'arbitrage sera ordinaire ou absolu »*. Et aux termes de l'article 776 alinéa 3 du même code :

TRIBUNAL ARBITRAL

« Les parties peuvent dispenser l'arbitre ou les arbitres de l'application de tout ou partie des règles de procédure ordinaires à l'exclusion de celles relatives à l'ordre public et à la condition qu'elles soient en conformité avec les règles et les fondements de l'arbitrage ». De la combinaison des articles 775 et 776 NCPC libanais il résulte que le législateur a prévu trois principales méthodes d'arbitrage applicables: l'arbitrage ordinaire ou en droit (Paragraphe 1), l'arbitrage avec dispense des règles de procédure (Paragraphe 2), et l'arbitrage absolu ou en amiable composition (Paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1 : ARBITRAGE ORDINAIRE OU ARBITRAGE EN DROIT

313 Définition. Aux termes de l'article 776 alinéa 2 NCPC : « *Dans l'arbitrage ordinaire, l'arbitre ou les arbitres appliquent les règles de droit et de procédure ordinaires à l'exclusion de celles qui sont incompatibles avec les fondements de l'arbitrage et en particulier avec les règles énoncées dans ce chapitre* ». Ainsi, l'arbitrage est ordinaire lorsque les arbitres sont tenus dans la recherche d'une solution au conflit des mêmes règles de fond et de procédure susceptibles d'être appliquées au moment de l'arbitrage par les juges étatiques. A défaut, notamment s'il statue en équité, l'arbitre dépasse sa mission (Beyrouth, 21 février 2008, Al Adl 2008/2 p 687). L'arbitrage en droit est de principe. C'est-à-dire que l'arbitre tranche le litige en droit sauf si les parties lui ont confié une autre mission notamment celle d'amiable compositeur (Cass. civ. 1^e, 17 décembre 2008, JCP G 2009, II-10013 note J. BÉGUIN). L'article 776 alinéa 1 NCPC libanais institue une présomption en ce sens en cas de doute quant à la qualification de l'arbitrage : « *En cas de doute sur la qualification de l'arbitrage il est considéré comme un arbitrage ordinaire* ». Pour écarter son application, une clause contraire est nécessaire. Mais dans ce cas, les moyens propres à l'appel-réformation seront irrecevables (Beyrouth, 30 mars 2006, Al Adl 2007 p 741).

314 Applications. L'arbitre est tenu des règles de fond, c'est-à-dire, qu'il doit tout simplement appliquer au litige qui lui est soumis les diverses dispositions législatives en vigueur. L'arbitre pourra se référer d'office, s'il est nécessaire, à l'usage local. L'usage fait partie intégrante de la loi libanaise puisque tant l'article 221 COC que les articles 4 et 78 CCL y renvoient. L'usage entretient avec l'arbitre un rapport d'une règle de droit alors que devant le juge judiciaire il est considéré comme un fait (v. E. LOQUIN, JCL Procédure civile, Fasc. 1038, Arbitrage, Instance arbitrale, Arbitrage de droit et amiable composition n° 85). Cela est vrai d'autant plus que l'article 813 NCPC libanais en matière d'arbitrage international impose à l'arbitre de « *tenir compte, dans tous les cas, des usages du commerce* » (Lex mercatoria). Ce statut de l'usage s'explique par la base conventionnelle de l'arbitrage. Cependant, l'arbitre ne doit pas inventer un nouvel usage, sa mission se bornera à constater les usages préexistants et susceptibles d'application aux relations litigieuses. L'arbitre est tenu d'appliquer les règles de procédure, c'est-à-dire, qu'il est tenu des règles énoncées dans le nouveau code libanais de procédure civile et bien évidemment de tous leurs amendements. Par conséquent, l'arbitre doit respecter les droits de la défense, il doit motiver la sentence quel que soit le motif convaincant ou non, bien ou mal fondé, il suffit qu'il ait le mérite d'exister et de ne pas entrer en contradiction avec d'autres motifs (Paris 19 octobre 1995, Rev. arb. 1996, p 79; v. Cass. civ. 2^e, 25 octobre 1995, Rev. arb. 1996, p 127 obs. J. PELLERIN) dès lors que la Cour d'appel saisie d'un recours en annulation n'a pas à apprécier l'exactitude, la validité et le caractère convaincant (Paris 1^e ch. 7 avril 1994, Rev. arb. 1996, 2^e esp. p 78). De même, la motivation concise est suffisante s'il juge qu'elle est opportune et décisive (Beyrouth 3^e ch., arrêt n°1716 du 14 octobre 2004, Rev. lib. arb 2004 n°32 p 19). En revanche, la contrariété des motifs vaut absence de motifs et entraîne la nullité de la sentence. Il en est de même en cas de contrariété dans le dispositif de la sentence. Mais dans ce dernier cas, la nullité peut se limiter à la contrariété sans atteindre la totalité de la sentence arbitrale (Cass. civ. 1^e ch., arrêt n°79, 14 juin 2001, Rec. civ. Sader 2001, p 111).

315 Règles incompatibles. Par dérogation, ne seront pas appliquées les règles incompatibles avec la procédure d'arbitrage (Art. 776 al 2 NCPC lib.) telles les règles relatives aux opérations de

greffe, aux assignations, à la publicité, d'autant plus que, comme nous l'avons déjà évoqué, le secret est de la nature même de la procédure d'arbitrage. Il en sera de même s'agissant des règles spécialement prévues pour l'arbitrage telles que celles relatives au délai (Art. 773 NCPC lib.).

PARAGRAPHE 2 : ARBITRAGE AVEC DISPENSE DES REGLES DE PROCEDURE

316 Faculté. Aux termes de l'article 776 alinéa 2 NCPC libanais : « *Les parties peuvent dispenser l'arbitre ou les arbitres de l'application de tout ou partie des règles ordinaires de procédure* ». Il en résulte que les parties ont la faculté de convenir par une clause expresse que les arbitres seront dispensés d'appliquer les règles légales (Cass. lib. civ. 5^e, 30 mars 2006, Cassandre 2006/3 p 551) notamment de procédure (Sur la négligence d'un rapport d'expertise Beyrouth 3^e ch., 17 avril 2003, Rev. lib. arb. 2003 n°26 p 51s spéc. p68). Dans cette hypothèse, la clause n'oblige pas les arbitres à ignorer nécessairement les dispositions du code de procédure civile mais elle leur donne un choix. Les arbitres peuvent appliquer les règles telles quelles, ils peuvent leur apporter des modifications ou décider de ne pas les appliquer et dicter de nouvelles formes de procédure. La dispense d'appliquer les règles de procédure doit être prouvée. A cet effet, l'article 776 alinéa 4 NCPC a retenu l'écrit comme seul moyen de preuve. Peu importe que la dispense résulte de la convention d'arbitrage elle même ou d'une autre convention indépendante.

317 Limites. La dispense de l'arbitre n'est pas totale. En effet, l'article 776 alinéa 2 NCPC en exclut les règles de procédure « *relatives à l'ordre public* ». En particulier, souligne l'article, la dispense ne peut englober les principes énoncés dans les articles « *365 à 368, 371 à 374* ». Comme règle de procédure qualifiée d'ordre public on peut citer le principe de la contradiction (Beyrouth 20 mai 1996, Al Adl 1997/1 p 65s spéc p 70 ; Beyrouth 23 novembre 1995, Rev. jud. lib. 1995, p 1091 spéc. p 1098). De la lecture des articles 365 à 368 NCPC libanais, il résulte que l'arbitre doit se limiter à l'objet du litige tel qu'il résulte des demandes des parties ; il doit se prononcer uniquement sur ce qui est demandé ; il ne peut se référer à des faits non relevés dans le procès arbitral. A ce propos, la Cour de Cassation souligne que le respect du principe de la contradiction ne concerne que les faits et sa violation ne peut être sanctionnée que si le recourant apporte la preuve d'un préjudice par application de la règle "pas de préjudice, pas de nullité". En revanche, l'arbitre n'encourt aucun reproche s'il applique des règles de droit même soulevés d'office mais à condition qu'elles résultent même implicitement du litige (Cass. lib. civ. 5^e, 29 novembre 2005, Cassandre 2005/11 p 1978). En outre, les articles 371 à 374 permettent à l'arbitre de demander aux parties toute clarification de fait ou de droit nécessaire. Enfin, l'article 374 réserve le droit à la partie adverse de recourir contre toute décision rendue à son insu par l'arbitre.

318 Règles conventionnelles de procédure. La question est de savoir si les parties en dispensant l'arbitre des règles de procédure peuvent l'astreindre à suivre des règles de procédure convenues entre elles? La réponse est affirmative. Néanmoins, elle implique que les règles contractuelles de procédure résultent des clauses expresses et précises de l'acte de mission (Cass. civ. 1^e, 8 mars 1988 Rev. arb. 1989, p 481 note Ch. JARROSSON; v. Cass. civ. 1^e, 11 janvier 1972, Rev. arb. 1972, p 49 note E. MEZGER; E. LOQUIN, JCL Procédure civile, Fasc. 1036, Instance arbitrale, procédure devant les arbitres, n°15s; Paris 26 avril 1985, Rev. arb. 1985, p 311, note E. MEZGER préc.). Egalement la validité de ces règles contractuelles de procédure exige qu'elles « *soient en conformité avec les règles et le fondement de l'arbitrage* » (Art. 776 al. 2 NCPC lib.). L'arbitre sera tenu des différentes stipulations procédurales à peine « *de statuer sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée* » (Art. 800 al. 3 NCPC lib.). Mais la jurisprudence considère que l'arbitre ne méconnaît les termes de sa mission au sens de l'article 1484 alinéa 3 CPC (Art. 800 al. 3 NCPC lib.) que dans la mesure où la méconnaissance qu'on lui reproche a affecté la solution du litige (Paris 28 février 1980, Rev. arb. 1980, p 538 note E. LOQUIN; Cass. civ. 2^e, 30 septembre 1981, Rev. arb. 1982, p 431 note E. LOQUIN).

PARAGRAPHE 3 : ARBITRAGE ABSOLU OU EN AMIABLE COMPOSITION

319 Définition. Aux termes de l'article 777 NCPC libanais : « *Dans l'arbitrage absolu, l'arbitre ou les arbitres sont dispensés d'appliquer les règles ordinaires de droit et de procédure et ils jugent en équité* ». Ainsi, l'arbitrage est dit en amiable composition lorsque les parties affranchissent les arbitres de l'observation des formes légales de la procédure aussi bien que de l'observation des dispositions légales qui définissent les droits privés des personnes (Cass. lib. civ. 24 octobre 1967, Baz 1966/68, p 257). Les parties autorisent les arbitres à statuer seulement d'après les règles de l'équité : *ex oequo et bono arbitrio boni viri* (Du latin *aequitas*, de *aequis* : égal, équitable. Cf. l'expression « *statuer oequo et bono* », qui signifie statuer « selon ce qui est équitable et bon » autrement dit avec modération et raison dans l'application du droit.). C'est donc une clause de renonciation des parties à l'application du droit (E. LOQUIN, JCL Proc. civ. Fasc. 1038 op. cit. n°18). Dans cette hypothèse, les arbitres prennent le nom d'amiables compositeurs.

320 Preuve de l'amiable composition. L'article 777 alinéa 3 NCPC libanais prévoit que : « *L'arbitrage absolu ne peut être prouvé qu'en vertu d'un texte clair dans une convention d'arbitrage ou dans une convention indépendante* ». L'amiable composition ne se présume pas. Elle doit être acceptée par les parties de manière expresse ou tacite (Beyrouth 3^e ch., arrêt n°977, 7 septembre 2000, Rev. lib. arb. 2000 n°16 p57).

321 Pouvoirs de l'amiable compositeur. L'amiable composition permet aux arbitres de « mépriser » les règles législatives. Ainsi, l'amiable compositeur n'est pas tenu de répondre à toutes les demandes point par point (Toulouse, 26 mars 2001, Gaz. Pal., Rec. 2002, somm. p 761), même prouvées (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°108, 19 juin 2003, Rev lib arb 2003 n°27 p29). Il n'est pas tenu de vérifier tous les documents sans exception sous peine d'atteinte au principe de la contradiction. En effet, dans l'amiable composition, l'arbitre peut ignorer certains faits ou allégations qu'il n'estime pas convaincants sans pour autant porter atteinte aux droits de la défense (Beyrouth 11 juillet 1996, Rev. lib. arb. 1996/2, p 38). De même, il peut ignorer tout ou partie des documents sans pour autant violer le principe de la contradiction (Cass. civ. 1^e, 26 mars 1963, IDREL, p 42). Il peut négliger toutes les règles concernant la forme des enquêtes (Paris 18 novembre 1840, S. 1841,2,13; DP 1841,2,74). Il peut entendre des témoins sans rendre préalablement jugement qui ordonne leur audition (Bordeaux 28 novembre 1833, S, 1836, 2, 120). Il peut ordonner l'exécution provisoire sans avoir à justifier de l'urgence (Paris 18 juin 1948, D. 1949, 2, 444). Il peut changer les taux de répartition des bénéfices préalablement convenus entre les parties dans le contrat litigieux et retenir un taux différent s'il l'estime plus équitable (Beyrouth 3^e ch., 20 mai 2003, Rev. lib. arb 2003 n°26 p 72). Il peut condamner la partie à une obligation alternative (Cass. civ. 13 décembre 1990, Rev. jud. lib. 1990/91, 19). Il peut prononcer la solidarité même si elle n'a pas fait l'objet d'une demande expresse et écrite (T. C. Seine 17 mai 1955, R.A. 1955, 61 cité par E. TYAN n° 226, 243). Il peut imposer aux parties une procédure propre de remboursement de la créance même en l'absence de toute clause à ce sujet (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°150, 9 novembre 2004, inédit). Il peut décider, évaluant le préjudice à l'occasion d'une prise de participations croisée entre établissements financiers, *qu'il serait inéquitable de laisser l'une d'entre elle propriétaire de ses parts dans le capital de l'autre* (Cass. civ. 2^e, 10 juillet 2003, Rev. arb. 2004 2^e esp p 402 ; Gaz. Pal., Rec. 2003, somm. p 3866, J. n°319, 15 novembre 2003, p. 18). Il peut fixer à la date de l'ordonnance d'exequatur le point de départ des intérêts (Cass. civ. 1^e, 9 janvier 2007, JCP E et A 2007 pano n°1228).

322 Devoir ou faculté de statuer en équité. La question est de savoir si l'amiable compositeur a le devoir ou la faculté de statuer en équité ? (K. PAILLUSSEAU, Arbitrage : Le choix entre le droit et l'équité, JCP G 2006 I-108). Cette question, non tranchée par la jurisprudence, a fait l'objet de vives controverses entre les auteurs les plus avertis (Pour : E. LOQUIN, L'obligation faite à l'amiable compositeur de respecter sa mission et son contrôle, note, sous Cass. civ. 2^e, 15 février 2001 et Grenoble, 15 décembre 1999, Rev. arb. 2001, p 135 note E. LOQUIN; D. 2001, p 278, note N. RONTCHEVSKY; JCP 2002, II 10038, note G. CHABOT. Adde, les comm. de J. MESTRE in Dr. & patrim., mai 2001, p.122, et de R. PERROT, in Procédures, 2001, n°78 ; Contre : Ch. JARROSSON, L'amiable compositeur est-il astreint à vérifier la conformité de sa solution à l'équité ?, note sous Cass. civ. 2^e, 18 octobre 2001, Rev. arb. 2002. p 359). Retenant un critère

formel de l'arbitrage en amiable composition, la jurisprudence exigeait l'utilisation dans la sentence des mots "équité" ou "amiable compositeur" (Cass. civ. 2^e, 15 février 2001, préc.; Beyrouth 10 mars 1997 Al Adl 1998/1 p 85; 14 mars 1996 Ibid 1997/2 p 90) mais, admettait que l'arbitre puisse appliquer un texte de loi à condition qu'il « *s'explique sur la conformité de l'application de la règle de droit à l'équité* » (Cass. civ. 2^e, 15 février 2001, préc.; Cass. civ. 2^e, 10 juillet 2003, Rev. arb. 2003 p 1361 obs. G. BETTO; D 2003 p 2474 obs. Th. CLAY; JCP G 2004, I-119 n°4 obs. Ch. SERAGLINI, V aussi Cass. lib. civ. 5^e, 29 janvier 2007, Al Adl 2007 p 716). Dans une deuxième étape, la jurisprudence moins rigoureuse, a décidé que l'amiable compositeur n'est pas obligé de faire "*mention explicite des pouvoirs conférés par les parties*" (Cass. civ. 1^e, 28 novembre 2007 D 2008 p 26 obs. X DELPECH; JCP E et A 2007 act 558; D 2008 p 187 note crit. T. CLAY Rev. arb. 2008 p 99 note V. CHANTEBOUT). C'est en ce sens également que s'est prononcé la cinquième chambre de la cour de cassation libanaise dans un arrêt du 12 février 2009 (inédit). Par conséquent, un arbitre qui rend une solution non juridique peut être considéré comme ayant statué en équité. Mais, si l'usage effectif des pouvoirs d'amiable compositeur peut se déduire d'une solution non juridique, le contrôle du juge de l'annulation ne se limite pas à la constatation formelle de référence explicite à l'équité (Paris 14 mars 2006 et 10 mai 2007 et 2 esp., Rev. arb. 2007 p 820 note V. CHANTEBOUT). En effet, la motivation ne concerne pas la forme de la sentence mais son fond. En revanche, l'amiable compositeur qui fait application de la loi ou des clauses contractuelles subit une présomption de non accomplissement de sa mission. Il lui incombe dès lors de prouver qu'il s'est acquitté de sa mission en déclarant expressément l'avoir fait (Paris 3 juillet 2007, Rev. arb. 2007 p 821, 3^e esp., note crit. V. CHANTEBOUT). Mais plus récemment, la Haute cour française, plus rigoureuse, exige que l'arbitre " *fasse expressément référence à l'équité dans ses motifs* " (Cass. civ. 1^e, 17 décembre 2008, JCP G 2009, I-148 obs. J. BÉGUIN).

323 Sanctions. La jurisprudence sanctionne la sentence arbitrale par la nullité si elle constate que l'amiable compositeur applique strictement le contrat ou la loi sans se référer à l'équité (Cass. civ. 1^e, 17 décembre 2008 arrêt préc.) ou justifier en quoi une telle solution est conforme à son sens de l'équité. La sanction résultant non d'un défaut de motivation mais du non-respect de sa mission par un arbitre qui a statué en droit, alors qu'il aurait du statuer en équité (Cass. civ. 1^e, 17 décembre 2008 préc.; Cass. civ. 2^e, 10 juillet 2003 préc.).

324 Limites. L'article 777 NCPC libanais reconnaissant aux parties le droit de dispenser l'arbitre de l'application du droit positif, énonce : « *Sont exclues de cette dispense les règles de droit relatives à l'ordre public, aux principes fondamentaux des règles de procédure, celles relatives au droit de la défense, à la motivation de la sentence et les règles particulières à l'arbitrage* ». Ainsi, l'affranchissement des amiables compositeurs du droit n'est pas total et absolu. Plus particulièrement, l'affranchissement de l'application des règles de droit n'interdit pas à l'amiable compositeur de rendre des sentences arbitrales exécutoires au même titre qu'un arbitre tranchant en droit sauf clause contraire, surtout que les dispositions relatives à l'exécution provisoire ne sont pas d'ordre public (Cass. lib. civ. 1^e, arrêt n°9, 22 janvier 1998, Rec. civ. Sader 1998, p 27).

En effet, l'article 797 NCPC libanais énonce que : « *Les règles relatives à l'exécution en référé des jugements s'appliquent aux sentences arbitrales* » sans distinguer entre les sentences rendues dans le cadre d'un arbitrage ordinaire et celles rendues dans le cadre d'un arbitrage par amiable composition. Il en résulte qu'il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas et, donc, il faut considérer que les amiables compositeurs peuvent rendre des sentences immédiatement exécutoires (Cass. civ. 1^e, 27 janvier 1998, Rev. lib. arb. 1998/7 n° 22, p 64). De même, il est acquis qu'en matière interne, l'amiable compositeur doit trancher le litige conformément aux règles de droit impératives (Cass. com. 9 janvier 1979 Rev. arb. 1979, p 486 note E. LOQUIN ; Paris 16 mars 1995, Rev. arb. 1996, p 146 note Y. DERAÏNS. Pour certains, cette obligation ne pèse pas sur l'amiable compositeur statuant en matière internationale en raison de la liberté des parties de choisir le droit applicable au fond : E. LOQUIN, L'amiable composition en droit comparé et international n° 422, p 258; v. supra n°). A fortiori, l'amiable compositeur demeure tenu par les dispositions d'ordre public (Beyrouth 9^e ch., arrêt n°267-95, 15 mars 1995, Rev. lib. arb. 2004 n°28 p 51 ; Paris 1^e ch., 28 novembre 2002, RTDcom 2003, p 478, chron. E. LOQUIN), et les principes fondamentaux et directeurs du procès et ce, à peine de nullité de la sentence (Cass. lib. civ. 5^e, arrêt n°132, 29 octobre 2002, Rev. lib. arb 2002

TRIBUNAL ARBITRAL

n°24 p32 ; Rec. civ. Sader 2002 p515 ; Beyrouth 16 mars 1995, IDREL p 45 spéc., 48 ; sur la question ; v. G. BOLARD, Les principes directeurs du procès arbitral, Rev. arb 2004 Doct, p 511). Ainsi, l'arbitre ne peut valablement rendre une sentence arbitrale sans encourir sa nullité s'il n'a pas entendu les parties ou accueilli les documents en leur possession (Beyrouth 8 novembre 1955, IDREL, p 40). De même, il ne peut rendre une sentence arbitrale exécutoire s'il n'y est pas investi par les parties (Beyrouth, 3 janvier 2008, Rev. lib. arb. 2008 n°45 p 35). Par application de l'article 777 alinéa 2 NCPC libanais, les arbitres doivent motiver la sentence (Beyrouth 15 juillet 1998, Rev. lib. arb. 1999/10 n°5, 71 ; Paris 11 avril 1957, Rev. arb. 1958, p 21 ; 11 février 1971, Rev. arb. 1971, p 29) respecter le droit de la défense (Cass. lib. civ. 5^e, 25 juin 2002, Rev. lib. arb. 2002 n°23 p34 ; Rec. civ. Sader 2002 p 470) et l'égalité entre les parties. Ce grief peut être soulevé pour la première fois devant le juge de l'annulation (Cass. civ. 2^e, 14 décembre 1922, Bull. civ. II n° 308, 152 cité par Y. GUYON, op. cit., 55). Cependant, le principe de la contradiction n'oblige pas les arbitres de soumettre la motivation de la sentence au débat contradictoire, *sauf à empêcher les arbitres de jamais statuer s'il leur fallait provoquer les explications des parties sur le raisonnement à tenir* » (Paris 12 février 2004, Rev. arb. 2004 somm p 449). De même, l'amiable compositeur doit se conformer à la mission qui lui a été conférée et respecter les demandes des parties (Paris 1^e ch., 14 décembre 2000, Gaz. Pal., Rec. 2002, somm. p 754, J. n°164, 13 juin 2002, p 6). Par ailleurs, l'amiable composition n'exclut pas la compétence du juge des référés (Cass. civ. 1^e, 27 janvier 1998, IDREL, p 52) sauf clause contraire.

325 Amiable composition de l'arbitre et amiable composition du juge. L'article 12 alinéa 4 CPC français énonce : « *Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières [les droits dont elles ont la libre disposition] et sous la même condition [en vertu d'un accord exprès] conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé* ». Ainsi, les parties peuvent investir le juge judiciaire du pouvoir de trancher le litige en équité au même titre que l'arbitre. Cette convention est appelée par la doctrine « *arbitrage judiciaire* » par opposition à l'arbitrage privé (Sur la question, v. G. CORNU, Le juge arbitre, Rev. arb. 1980, p378 ; J.P. BROUILLARD, Plaidoyer pour une renaissance de l'amiable composition judiciaire D. 1997, chron p234s ; P. HEBRAUD, obs. sur l'arbitrage judiciaire, Mélanges G. MARTY, Université des Sciences sociales de Toulouse 1978, p636 ; Ph. FOUCHARD, L'arbitrage judiciaire, Mélanges P. BELLET, p167 ; P. ESTOUP, Une institution oubliée : l'arbitrage judiciaire, Gaz. Pal. 1986 Doct. p 620).

326 Validité de l'arbitrage judiciaire. Les conditions de validité de l'arbitrage judiciaire sont les mêmes que celles exigées dans l'alinéa 3 de l'article 12 CPC français : disponibilité des droits et accord exprès. L'écrit n'est pas une condition de validité. Rien n'interdit aux parties de convenir oralement devant le juge d'un arbitrage judiciaire qui, dans ce cas, sera consigné sur le procès-verbal d'instance conformément à l'alinéa 4 de l'article 12. L'arbitrage judiciaire ne peut intervenir que s'agissant le « *litige né* ». Il en résulte que l'arbitrage judiciaire ne peut découler d'une clause compromissaire. L'intérêt d'un tel arbitrage est donc limité dans la mesure où il n'a pas pour objet d'écartier la compétence du juge initialement saisi du dossier ; également, il est à craindre que les parties ne veuillent plus renoncer à la « *garantie* » judiciaire (V. L. WEILLER, La liberté procédurale du contractant, spéc. n°302 p283 et les réf. citées).

327 Pouvoirs du juge amiable compositeur. Le juge amiable compositeur connaît du litige dans les mêmes conditions que l'amiable compositeur en matière d'arbitrage privé. Il tranche le litige conformément à l'équité. Il ne peut appliquer la loi que si elle est conforme à l'équité. L'interdiction de recourir à la loi trouve sa limite dans la notion d'ordre public (V. E. LOQUIN, L'amiable composition en droit comparé et international : contribution à l'étude du non droit dans l'arbitrage commercial 1980 p 435s).